Die Aufrechnungsbefugnis des Bürgen

mit Gegenforderungen des Hauptschuldners gegen den Gläubiger in geschichtlicher Entwicklung.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
der Juristischen Fakultät der Universität zu Breslau

eingereicht von

Kurt Urbanek

Referendar am Amtsgericht Ober-Glogau.

Borna-Leipzig
Buchdruckerei Robert Noske
1908.

Gedruckt mit Genehmigung der Juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Schott.

Korreferent: Professor Dr. H. Meyer.

Meinen Eltern.

Inhaltsverzeichnis.

Literaturverzeichnis und Abkürzungen.

Albericius = Alberici de Rosate super digesto vetere commentarii. Lugduni 1545.
Appleton = A., Histoire de la compensation en droit Romain. 1895.
Asher = A., Die Kompensation im Zivilprozesse des klassischen römischen Rechts. 1863.
Bekker = B., Die prozessuale Konsumtion. 1853.
Böhmer = B., Codex diplomaticus Moenofrancofurtanus. Urkundenbuch der Reichsstadt Frankfurt. 1836.
Breit = B., Mehrheit kompensabler Forderungen. Im Sächs. Archiv für bürgerl. Recht und Prozeß Bd. 10 S. 121 f. 1900.
Brinz = B., Lehrbuch der Pandekten. Bd. 2. Abt. 1. 2. Aufl. 1879.
Brinz, Kompensation = B., Die Lehre von der Kompensation. 1849.
Bruns = B., Das constitutum debiti. In der Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 1 S. 28 f. 1861.
Bucerius = B., Erörterung der Begriffe exceptio, Einrede und Einwendung. Gekrönte Preisschrift (Göttingen), ohne Jahresbezeichnung.
Cosack = C., Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 1. 4. Aufl. 1903.
Crome = C., System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 2. 1902.
Dernburg = D., Pandekten. Bd. 2. 7. Aufl. 1903.
Dernburg, BGB. = D., Das bürgerliche Recht. Bd. 2 Abt. 1 1905, Abt. 2 Aufl. 3. 1906.
Dernburg, Kompensation = D., Geschichte und Theorie der Kompensation nach römischem und neuerem Recht. 2. Aufl. 1868.
Eck-Leonhard = E.-L., Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. 1. 1903.
Eisele = E., Die Kompensation nach römischem und gemeinem Recht. 1876.
Endemann = E., Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 2. 9. Aufl. 1905.
Engelmann = A. E., Das bürgerliche Recht Deutschlands. 4. Aufl. 1906.
Enneccerus = E.-Lehmann, Das bürgerliche Recht. Bd. 1 (von Enneccerus). 2. Aufl. 1901.
Fischer-Henle = F.-H., Bürgerliches Gesetzbuch. Handausgabe mit Anmerk. 7. Aufl. 1906.
Friedensburg = Fr., Die Wirkung der Aufrechnungslage und des Aufrechnungsvollzuges auf die rechtliche Stellung des Bürgen (nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch). Dissert. Breslau 1903.
Friedenthal = F., Einwendung und Einrede. 1898.
Gaupp-Stein = G.-St., Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 8. u. 9. Aufl. 1906.
Geib = G., Zur Dogmatik des römischen Bürgschaftsrechts. 1894.
Girtanner = G., Die Bürgschaft nach gemeinem Zivilrecht. 1850.
Glück = G., Ausführliche Erläuterung der Pandekten. Bd. 15. 1813.

Goldmann-Lilienthal = G.-L., Das Bürgerliche Gesetzbuch, systematisch dargestellt. Bd. 1. Abt. 2. 2. Aufl. 1901.
Gradenwitz = G., Die Ungültigkeit obligatorischer Rechtsgeschäfte. 1887.
Hasenbalg = H., Die Bürgschaft des gemeinen Rechts. 1870.
Hellmann = H., Kritiken in der Kritischen Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft Bd. 40 S. 94 f. 1897.
Hellwig = H., Anspruch und Klagrecht. 1900.
Hölder = H., Pandekten. 1891.
Hölder, Archiv 96 = H., über Ansprüche und Einreden. Im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 93 S. 1 f. 1902.
Jhering = J., Der Besitzwille. 1889.
Karlowa = K., Römische Rechtsgeschichte. Bd. 2. 1901.
Keller = K., Pandekten. Bd. 1. 2. Aufl. 1866.
Kohler = K., Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1 u. 2 Teil 1. 1906.
Kohler, Zeitschr. XX = K., Kompensation und Prozeß. In Buschs Zeitschrift für den deutschen Zivilprozeß Bd. 20 S. 1 f. 1894.
Kohler, Zeitschr. XXIV = K., Die Aufrechnung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. In Buschs Zeitschrift für den deutschen Zivilprozeß Bd. 24 S. 1 f. 1898.
Kretschmar = K., über die Entwicklung der Kompensation im römischen Rechte. 1907.
Krug = K., Die Lehre der Kompensation. 1833.
Landsberg = L., Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches. Bd. 1. 1904.
Langheineken = L., Anspruch und Einrede nach dem deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch. 1903.
Lenel = L., Palingenesia juris civilis. Bd. 1. 1889.
Leonhard, Aufrechnung = Franz L., Die Aufrechnung. 1896.
Leonhard, Irrtum = Rudolf L., Der Irrtum bei nichtigen Verträgen. 1882.
Leonhard, Allgemeiner Teil = Rudolf L., Der allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches. 1900.
Liebe = L., Die Stipulation und das einfache Versprechen. 1840.
Lippmann, J. J. 32 = L., Zur Lehre von der Kompensation nach dem Entwurfe des Bürgerlichen Gesetzbuches. In Jherings Jahrbüchern Bd. 32 S. 157 f. 1893.
Lippmann, J. J. 43 = L., Rückwirkung und Rechtsgeschäft der Aufrechnungserklärung. In Jherings Jahrbüchern Bd. 43 S. 435 f. 1901.
Mandry = M., Das gemeine Familiengüterrecht. Bd. 1. 1871.
Mantey = M., Zur Anwendung des § 770 II BGB. In Gruchots Beiträgen Bd. 50 S. 542 f. 1906.
Matthiaß = M., Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1. 3. Aufl. 1906.
Meumann = M., Prolegomena zu einem Systeme des Vermögensrechts. In den Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts, herausgegeben von Rud. Leonhard, Heft 12. 1903.
Mevius = Davidis Mevii Decisiones super causis praecipuis ad summum tribunal regium Vismariense delatis. Francofurti ad Moenum. 1705.
Mitteis = M., Zur Lehre von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte. In Jherings Jahrbüchern Bd. 28 S. 83 f. 1889.
Mitteis, Individualisierung = M., Die Individualisierung der Obligation. 1886.
Müller = M., über die germanische Bürgschaft mit besonderer Rücksicht auf das jütische Low. In der Zeitschrift für deutsches Recht Bd. 1. 1839.
Müller-Meikel = M.-M., Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs. Bd. 1. 2. Aufl. 1904.
Neumann = N., Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. 1. 3. Aufl. 1903.
Oertmann = O., Das Recht der Schuldverhältnisse. 2. Aufl. 1906.
Pauly-Wissowa = P.-W., Realenzyklopädie der klassischen Altertumswissenschaft. 7. Halbbd. 1900.

Pernice = P., Marcus Antistius Labeo, Das römische Privatrecht. Bd. 2. 2. Aufl. 1895.
Philler = Ph., Vorlesungen über das Bürgerliche Gesetzbuch. 1899.
Planck = P., Bürgerliches Gesetzbuch. Bd. 1 1903, Bd. 2 1. Lieferung 1903, 2. u. 3. Lieferung 1907. 3. Aufl.
Platner = P., Die Bürgschaft. Eine germanistische Abhandlung. 1857.
Rappaport = R., Die Einrede aus dem fremden Rechtsverhältnis. 1904.
Schollmeyer = Sch., Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse. 2. Aufl. 1904.
Schollmeyer, Kommentar = Sch., Recht der Schuldverhältnisse. Allgem. Teil. 1900.
Scheurl = Sch, Beiträge zur Bearbeitung des römischen Rechts. 1853.
Schulz = Sch., Das Leistungsverweigerungsrecht des Bürgen auf Grund der Aufrechnungslage des Gläubigers. In Gruchots Beiträgen Bd. 50 S. 269 f. 1906.
Siber = S., Kompensation und Aufrechnung. 1899.
Sintenis = S., Das praktische gemeine Zivilrecht. Bd. 2. 3. Aufl. 1868.
Stampe = St., Das Kompensationsverfahren im vorjustinianischen stricti juris judicium. 1886.
Staub = St., Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Bd. 1. 8. Aufl. 1906.
Staudinger = St., Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 2. 2. Abt. 2. Aufl. 1906.
Stobbe, Privatrecht = Handbuch des deutschen Privatrechts. Bd. 3. 1885.
Stobbe, Vertrag = Geschichte des deutschen Vertrages. 1855.
Strube = S., Inwiefern stehen die Einreden des Hauptschuldners dem Bürgen zu (nach gemeinem Rechte)? Dissert. Erlangen 1895.
Titius = Gottlieb Gerhard Titii juris privati Romano-Germanici libri XII. 5. Buch. Lipsiae 1724.
Triebel = T., Die Aufrechnung des Bürgen mit einer Forderung des Hauptschuldners. Dissert. Breslau 1906.
Turnau-Förster = T.-F., Das Liegenschaftsrecht nach den deutschen Reichsgesetzen und den preußischen Ausführungsbestimmungen. Bd. 1. 1900.
Ubbelohde = U., über den Satz ipso jure compensatur. 1858.
Unger = U., Die Verträge zugunsten Dritter. In Iherings Jahrbüchern Bd. 10 S. 1 f. 1871.
Vangerow = V., Lehrbuch der Pandekten. Bd. 3. 7. Aufl. 1876.
Waldner = W., Die korreale Solidarität. 1885.
Weismann = W., Die Aufrechnung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. In Buschs Zeitschr. für den deutschen Zivilprozeß Bd. 26 S. 1 f. 1899.
Wendt = W., Pandekten. 1888.
Windscheid-Kipp = W.-K., Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. 1. u. 2. 9. Aufl. 1906.

Rechtsprechung.

RG. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. Bd. 59 1905 und Bd. 62 1906.

Rechtsquellen.

Corpus juris civilis recognoverunt Krüger-Mommsen.
Gajus = Gai Institutiones ediderunt Krüger-Studemund.
Sachsenspiegel, herausgegeben nach der Berliner Handschrift vom Jahre 1369 von Homeyer.
Entwurf I = Entwurf erster Lesung zu einem Bürgerlichen Gesetzbuch 1888.
Mot. = Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. 2. 1888.
Prot. = Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. 2.
BGB. = Bürgerliches Gesetzbuch 1900.

HGB. = Handelsbuch 1900.
GenG. = Reichsgesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften vom 1. 5. 1889
Gesellsch. m. b. H.-G. = Reichsgesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung vom 20. 4. 1892.
VersG. = Reichsgesetz über die privaten Versicherungsunternehmen vom 12. 5. 1901.
ZPO. = Zivilprozeßordnung 1900.

Ohne Gesetzesbezeichnung angeführte Paragraphen betreffen das Bürgerliche Gesetzbuch.

I. Vorbetrachtung.

Diese Abhandlung faßt den Fall ins Auge, daß ein Bürge neben einer aufrechenbaren Hauptverbindlichkeit steht. Das Problem dieses Falles liegt zutage: Soll die Haftung des Bürgen sich streng nach seiner Verpflichtungserklärung bestimmen, oder soll ihm die Schwächung der Hauptschuld zugute kommen?

Die grundsätzliche Entscheidung dieser Frage hängt von den Anschauungen über Wesen und Inhalt der Bürgschaft ab. Entschließt sich das Recht, dem Bürgen aus der Aufrechnungslage zwischen Gläubiger und Hauptschuldner Befugnisse zu gewähren, so stellt sich die Aufgabe, diese Befugnisse zu formularisieren. Und diese Formularisierung wird sich richten nach der Ausgestaltung, welche die Aufrechnung in dem betreffenden Rechtssystem gefunden hat. So werden wir das Ob unseres Problems im Bürgschafts-, das Wie im Aufrechnungsrechte zu erfragen haben.

Doch wenden wir uns nun zum positiven Rechte in seiner geschichtlichen Entwicklung.

II. Römisches Recht.

Im römischen Rechte dienten zur Verbürgung die fidejussio, das constitutum debiti alieni und das mandatum qualificatum. Die fidejussio als das bei weitem wichtigste dieser Rechtsinstitute soll hier in erster Linie behandelt werden. Die beiden anderen Verbürgungsformen werden in einem Anhange kurz Berücksichtigung finden.

Bezüglich der fidejussio scheinen l. 4 l. 5 Dig. 16,2 vollkommene Klarheit zu bringen:

L. 4 cit.: Paulus libro tertio ad Sabinum: Verum est quod et Neratio placebat et Pomponius ait ipso jure eo minus fidejussorem ex omni contractu debere, quod ex compensatione reus retinere potest: sicut enim, cum totum peto a reo, male peto, ita et fidejussor non tenetur ipso jure in majorem quantitatem quam reus condemnari potest. L. 5 cit.: Gajus libro nono ad edictum provinciale: Si quid a fidejussore petetur, aequissimum est eligere fidejussorem, quod ipsi an quod reo debetur compensare malit; sed et si utrumque velit compensare, audiendus est.

Indes ist die historische Treue dieser beiden Stellen recht zweifelhaft. L. 4 cit. besagt, daß zuzeiten von Neratius — unter Domitian — und Pomponius — unter Antoninus Pius — der Grundsatz des ipso jure compensari, und zwar für omnis (also auch stricti juris) contractus, und nicht bloß zugunsten des ursprünglichen Schuldners, sondern auch zu denen des außerhalb der Hauptverbindlichkeit stehenden Bürgen gegolten habe. Und doch wurde für stricti juris negotia die Aufrechnung erst durch ein Reskript Mark Aurels[1]) eingeführt; und doch scheint selbst bei bonae fidei judicia noch zu Gajus[2]) Zeiten — unter Mark Aurel — der Schuldner kein festes Recht auf Aufrechnung gehabt zu haben. Fast alle Forscher haben daher dieses Zeugnis nicht, wie es sich gibt, unbesehen hinnehmen mögen, sondern entweder dadurch, daß sie unter Beibehaltung des Wortlautes seinen Sinn abzuschwächen sich bemühten,[3]) es mit den historischen Feststellungen in Einklang zu bringen gesucht, oder, zum Teil mit sinnreichen Wiederherstellungsversuchen, Interpellationen der Kompilatoren Justinians die jetzige Gestalt des Fragmentes zugeschrieben.[4]) In dieser Beziehung erscheinen besonders wertvoll die scharfsinnigen Untersuchungen von Mitteis,[5]) der, „obwohl im allgemeinen weder für Emendationen noch für Interpolationen in den Pandekten besonders eingenommen, dennoch im vorliegenden Falle die Stelle, so wie sie vorliegt, nicht annehmen zu können glaubt", und der, wie schon früher Eisele, zu dem Schlusse kommt, daß die angezogene lex ursprünglich den fidejussor indemnitatis zum Gegenstande hatte. Im Munde des Schadlosbürgen aber kann die Berufung auf eine Aufrechnungsmöglichkeit des Hauptschuldners nicht wundernehmen.

---

[1]) § 30 J. 4/6; s. unten S. 3.

[2]) vgl. Gai IV § 61: . . . habita ratione ejus quod invicem actorem ex eadem causa praestare oporteret in reliquum eum cum quo actum est condemnare; § 63: Liberum est tamen judici nullam omnino invicem compensationis rationem habere; nec enim aperte formulae verbis praecipitur, sed quia id bonae fidei judicio conveniens videtur, ideo officio ejus continens creditur.

[3]) Ubbelohde S. 187 ff. (ex omni contractu bezieht sich auf die damals für die Aufrechnung allein in Frage kommenden bonae fidei judicia); Stampe S. 43 (N. und P. verteidigten ein Recht auf compensatio ex dispari eausa, drangen aber damit nicht durch); auch Leonhard, Aufrechnung S. 34 (die Aufrechnung ist außergerichtlich vom Schuldner vollzogen worden).

[4]) Eisele S. 171, 301 ff. (die Stelle betraf ursprünglich den fidejussor indemnitatis); Kohler, Zeitschr. XX S. 3 ff. (betraf argentanus); Appleton S. 140 ff. (ebenso); Pernice S. 278/79 (ebenso ; Karlowa S. 1395 (ebenso); Kretschmar S. 15 ff. (handelte von der Kaution, welche zur Sicherung des bei Überschreitung der Falcidia Platz greifenden Rückgabeanspruches geleistet zu werden pflegte, wobei zu erinnern sei, daß die Überschreitung der Quart die Vermächtnisse ipso jure minderte). Vgl. auch Lenel S. 1257 Anm. 1: . . . quid Pauli sit, quid compilatorum dijudicare non ausim.

[5]) S. 154 ff.

Ähnlich[1]) sah man sich genötigt, mit l. 5 cit. zu verfahren, die denselben Gajus Aufrechnungsbefugnis ex dispari causa anerkennen läßt, der in §§ 61, 63 seiner Institutionen der compensatio nur ex eadem causa stattgibt.

Bleiben alle diese Erklärungsversuche in ihrem positiven Ergebnisse unzuverlässig, ihre negative Grundlage erscheint um so wahrscheinlicher. Die l. 4 l. 5 D. 16, 2 entbehren, wenn sie auch für das justinianische Recht maßgebend sein mögen, für das klassisch-römische der hinreichenden Beweiskraft.

Diese Folgerung ist um so bedauerlicher, als sich sonst keine Quellenstellen finden, die über das Verhältnis des Bürgen zu einer Aufrechnungslage zwischen Hauptschuldner und Gläubiger unmittelbar Aufschluß gäben.

Indes vielleicht läßt sich durch einen Analogieschluß die Meinung der alten Juristen über diese Frage ermitteln. Nämlich so: ließe sich nachweisen, erstens, daß die Aufrechnung als exceptio geltend gemacht wurde, und zweitens, daß der Bürge zu allen exceptiones des Hauptschuldners gleichgestellt war, so würde die Übertragbarkeit der für dieses Verhältnis geltenden Grundsätze auf den Aufrechnungseinwand aus dem Rechte des Hauptschuldners gegeben sein.

Das Zutreffen der ersten von diesen beiden Voraussetzungen scheint durch § 30 J. 4, 6 einwandfrei bestätigt zu werden: sed et in strictis judiciis ex rescripto Divi Marci opposita d o l i m a l i e x c e p t i o n e compensatio inducebatur. Diese Regelung wird zwar nur von einem Teile der Tatbestände bezeugt, in denen Aufrechnung in Frage kam, während die Stelle selbst im Anschluß an die oben[2]) angezogenen Belege aus Gajus weiter berichtet, daß die Aufrechnung im judicium bonae fidei einander ex eadem causa gegenüberstehender Forderungen ohne eigenen Rechtsbehelf unmittelbar durch den Richter erfolgte, wie übrigens die Erwägung von Art und Wesen des bonae fidei negotium von vornherein vermuten läßt. Aber dieser Sonderfall — wie auch die Eigentümlichkeiten in der compensatio des argentarius und in der des bonorum emtor — vermag keine Unterlage für die voraussetzungslose Betrachtung der compensatio abzugeben, deren Natur vielmehr an solchen Beispielen zu studieren ist, welche sich von allen Ausnahmebildungen freihalten, insbesondere keinen rechtlichen Zusammenhang zwischen den aufzurechnenden Forderungen aufweisen. Heranzuziehen sind demgemäß der Rechtsstreit nach strengem Recht, der Fall, daß in einem judicium bonae

---

[1]) E i s e l e S. 298ff. und W a l d n e r S. 62, die ein Rückgriffrecht unterstellen; U b b e l o h d e S. 195/96; K o h l e r, Zeitschr. XX S. 3ff.; M i t t e i s S. 152; A p p l e t o n S. 139, die die Stelle sämtlich auf den Bürgen eines argentarius beziehen; L e n e l S. 211 Anm. 2, nach dem die Stelle von einem Bürgen handelt, der argentarius ist.

[2]) s. oben S. 2 Anm. 2.

fidei ein Gegenanspruch ex dispari causa zur Aufrechnung gebracht werden soll, und schließlich die Klagen, die weder bonae fidei noch stricti juris sind. Das erste dieser geeigneten Beispiele hat der angeführte Institutionenparagraph zum Gegenstande; über die Normierung der beiden andern gebricht es an jeder Quellenäußerung. Indes nimmt man mit gutem Grunde allgemein an, daß sie unter denselben Regeln standen wie die compensatio von actiones stricti juris.[1])

Unsere Institutionenstelle, so bestimmt und entschieden ihre Sprache lautet, hat hinsichtlich der Frage, ob eine und welche Rolle die exceptio doli bei der Aufrechnung des römischen Rechtes gespielt hat, gleichwohl zu einer Theorienbildung von in der Rechtslehre selten wiederkehrender Vielgestaltigkeit Anlaß gegeben. Diese kurze Abhandlung kann es sich nicht zur Aufgabe setzen, allen diesen Anschauungen kritisch nachzugehen und incidenter einen Kampf zu entscheiden, den die berufensten Stimmen nicht mit Bänden zum Schweigen gebracht haben. Es soll vielmehr unter grundsätzlichem Verzicht auf Würdigung der einzelnen Auffassung umgekehrt gezeigt werden, daß unsere weiteren Erörterungen wohl vereinbar sind mit der weitaus überwiegenden Anzahl von diesen Lehren, und zwar auch mit der herrschenden, und daß selbst die wenigen Ansichten, welche die Grundlagen zu unseren Beweisführungen nicht in ihrem gesamten Umfange anerkennen können, dies doch in beschränktem Maße tun und so schon unserer Forschungsmethode nicht durchaus abgeneigt gegenüberstehen dürfen, daß sie aber vor allem das Ergebnis, zu dem schließlich diese Arbeit kommt, aus allgemeinen Erwägungen als in hervorragendem Maße wahrscheinlich bezeichnen müssen.

Ihren eigenen Standpunkt müssen zu der uns beschäftigenden Frage nur die heute indes überwundenen[2]) sogen. absoluten Theorien einnehmen, die aus der Anschauung heraus, die gegenseitige Aufhebung und Tilgung der aufrechenbaren Forderungen vollziehe sich mit ihrem Gegenübertreten von selbst, mit Rücksicht auf diesen Solutionscharakter schon der Aufrechnungslage, schon der compensatio in potentia, den Bürgen nur auf die durch den Gegenanspruch des Hauptschuldners geminderte Schuld werden haften lassen dürfen.

Dagegen entspricht die Annahme, zum Vollzuge der Aufrechnung habe es einer exceptio doli bedurft, der Mehrzahl der prozessualen Theorien, die diesen Namen führen, weil sie lehren, die Aufrechnung sei im Prozesse durch richterliches Urteil erfolgt.[3]) Es ist für diese Unter-

---

[1]) vgl. Vangerow § 618 Anm. 1 II.

[2]) Begründer Theophilus in seiner Paraphrase zu § 30 J. 4, 6, hervorragendster Verfechter der Glossator Martin Gosia („sine facto hominis“), letzte Vertreter Glück § 934 S. 102ff.; Krug, Zusammenfassung S. 95; Asher S. 45ff.

[3]) . . . abgesehen von vertragsmäßiger außergerichtlicher Aufrechnung in einem der spezialisierten Kontraktstatbestände des römischen Rechtes wie wechsel-

uchung ohne Belang, ob, wie es herrschende Auffassung[1]) ist, die Einrede der Arglist unmittelbares Kompensationsmittel gewesen ist, dessen Geltendmachung einzig und allein den Richter veranlaßt hätte, die Verurteilung um den zur Aufrechnung gestellten Betrag zu mindern, oder ob man der exceptio doli die geradezu aufrechnende, die „Kondemnation minuierende“ Kraft abspricht, vielmehr meint, die Vorschützung der Einrede durch den Beklagten habe den auf seinem vollen Klaganspruch beharrenden Kläger notwendig zur gänzlichen Abweisung bringen müssen, aber die begründete Furcht vor dieser habe ihn nunmehr veranlaßt, den Gegenansprüchen des Schuldners Rechnung zu tragen,[2]) so daß sich schließlich eine Aufrechnung nicht per, sondern propter exceptionem doli ergeben habe. Denn welches die funktionelle Bedeutung der exceptio auch gewesen ist, jedenfalls führte ihre Geltendmachung nach sämtlichen diesen Anschauungen, ob so, ob so, zu jener Ausgleichung von gegeneinander stehenden Ansprüchen beider Parteien, die man unter dem Kunstausdrucke compensatio begreift, mögen auch die verschiedenen Theorien diesem Ausdrucke verschiedenen Inhalt geben. So zeigt sich bei dieser Gelegenheit die relative Bedeutung des Themas dieser Arbeit und ihres Ergebnisses.

Nach dem Gesagten verträgt sich unser Standpunkt auch mit der — gleichfalls „prozessualen“ — Theorie von Brinz,[3]) das Verfahren mit exceptio doli sei in späterer Zeit unpraktisch und verdrängt worden durch eine Verallgemeinerung der Argentarierklage. Denn — die Richtigkeit dieser Auffassung vorausgesetzt — ist diese prozessuale Vereinfachung doch nur in Übung gekommen im Hinblicke auf die dem ungekürzten Klagbegehren drohende exceptio doli, deren voraussichtliche Vorschützung notwendig bewirken würde, wozu der die actio cum compensatione anstrengende Gläubiger sich freiwillig beschied. War das Verfahren mit

---

seitiger Akzeptilation oder wechselseitigem pactum de non petendo. Ob der Bürge auch auf diesem Wege Gegenforderungen des Hauptschuldners zur Aufrechnung bringen kann, sowie ob er Klage darauf erheben kann, daß der Richter die Aufrechnung vollziehe (vgl. Windscheid-Kipp II § 349 Anm. 16; Dernburg, Kompensation S. 546 ff.), wird mangels hinreichender Quellenunterlagen hier nicht zu untersuchen sein. Beides ist wohl zu verneinen.

[1]) Dernburg, Kompensation, Zusammenfassung S. 529; Stampe S. 74; Windscheid-Kipp II §§ 349, 351; Vangerow § 618 Anm. 1; Wendt § 241; Dernburg § 64 Anm. 1; Rud. Leonhard, Artikel compensatio in Pauly-Wissowa S. 784; wenig abweichend Siber S. 12 ff.

[2]) . . . entweder so, daß der Kläger die durch vorheriges arbitrium (Keller § 271 S. 575) oder vorherige condemnatio (Appleton S. 259 ff., 263) festgestellte Aufrechnungssumme abzieht, oder so, daß er mit dem Beklagten über die beiderseits geltend gemachten Ansprüche stipulationes praetoriae mit formula incerta und doli clausula eingeht (Kretschmar S. 26 ff.), oder so, daß er die Formel der Klage des argentarius oder des bonorum emtor erbittet (untereinander abweichend Scheurl S. 159 ff., 163; Eisele S. 108 ff., 112).

[3]) Kompensation S. 84 ff., 104 ff.; ähnlich Karlowa S. 1394 ff.

exceptio doli unpraktisch, so war es doch nicht unmöglich geworden, der Kläger konnte jederzeit nach der alten Methode zur Minderung seines Anspruches genötigt werden, wenn er sich nach der neuen nicht dazu verstehen mochte.

Dagegen entzieht die mehr in den Bedürfnissen des modernen Verkehrslebens begründete als durch historische Zeugnisse[1]) belegte sogen. rechtsgeschäftliche Theorie Franz Leonhards,[2]) der die Aufrechnung durch einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung vollendet werden läßt, unserer Forschung die wichtigsten Unterlagen. Indes erkennt diese Lehre doch in beschränktem Umfange, nämlich für actiones incertae,[3]) Aufrechnuug durch exceptio doli an, und insoweit werden unsere Auseinandersetzungen auch ihrer gerecht.

Bezüglich der zweiten der oben aufgestellten Voraussetzungen — daß der Bürge zu allen exceptiones des Hauptschuldners gleichgestellt gewesen sei — muß nun freilich eingeräumt werden, daß sie in dieser Allgemeinheit nicht zutrifft und unmöglich zutreffen kann. Schon eine kurze Überlegung führt zu dieser Erkenntnis.

Die exceptio stellt nichts mehr und nichts weniger dar als die Ausnahme vom Kondemnationsbefehle des römischen Prätors und war als solche berufen, die mannigfachsten und verschiedensten materiellrechtlichen Elemente aufzunehmen. Sie ist also rein prozessualen Ursprungs und hängt mit dem materiellen Rechte nur insofern zusammen, als sie der Geltendmachung von auf das materielle Recht gestützten Einwendungen des Beklagten dient. Nach der materiellrechtlichen Natur aber der zu erhebenden Einwendung — wie ob sie ein Begehren oder ein Berichten enthält, ob sie immerwährend oder verzögerlich ist — entscheidet es sich mit allgemeiner Gültigkeit nicht, ob zu ihrer Geltendmachung die Form der exceptio oder ein anderer Weg zu wählen ist. Es ist bekannt, daß es sich nach dem Charakter der Klagformel richtet, was als exceptio gefaßt wird, daß bei formulae in factum conceptae auch rechtshemmendes und rechtshinderndes Parteivorbringen in diesem Gewande auftritt, bei formulae in jus conceptae nicht. Sollten von diesem und ähnlichen Umständen — Notwendigkeiten für das Prozeß-, Zufälligkeiten für das materielle Recht — die Verteidigungsmöglichkeiten des Bürgen abhängig gewesen sein? Nein, die Beziehungen zwischen Bürgen, Gläubiger und Hauptschuldner stehen unter materiellem Rechte, dessen folgerichtige Durchsetzung die Römer sicherlich nicht durch Schablonisierung nach dem Schema des formalen Rechts, durch Vernachlässigung der Materie der Form zuliebe werden vereitelt haben.

---

[1]) vgl. die Kritik von Hellmann und die von Rud. Leonhard in Pauly-Wissowa S. 784 ff.

[2]) Aufrechnung S. 38 ff.

[3]) Leonhard, Aufrechnung S. 75 ff., 82.

Andererseits freilich besteht die Wahrscheinlichkeit, daß nicht eine unbegrenzte Mannigfaltigkeit von Grundsätzen bald nach diesem, bald nach jenem Gesichtspunkte über die einzelnen exceptiones entschied, daß vielmehr nur wenige solche Grundsätze maßgebend waren, von denen wieder der am häufigsten wirksame als Regel, als im Zweifel geltende Norm und die übrigen demgemäß als Ausnahmen gefaßt werden dürfen.

Indes verliert unser Analogieschluß nichts an Zuverlässigkeit, wenn wir, außerstande, ein allgemeines gültiges Gesetz für alle exceptiones zu finden, die Grundsätze, welche für die der Aufrechnungs-exceptio materiellrechtlich gleichartigen Einreden gelten, auf diese übertragen. Da es jedoch bedenklich sein mag, die der Aufrechnungs-exceptio gleichartigen Einreden positiv feststellen zu wollen, [1]) so haben wir uns zu einem mehr kasuistischen Vorgehen zu bescheiden, nämlich nach Aufsuchung der Regel, welche grundsätzlich und im Zweifel für das Verhältnis des Bürgen zu den exceptiones des Hauptschuldners besteht, negativ zu untersuchen, ob etwa die aus den Quellen nachweisbaren Abweichungen von dieser Regel Einwendungen betrifft, die als der exceptio der Aufrechnung gleichzeitig in Frage kommen. Muß dies verneint werden, ist auch a priori kein Grund ersichtlich, warum die Aufrechnungseinrede normwidrig sollte behandelt worden sein, so darf das für die Einreden schlechthin geübte Verfahren auch auf sie Anwendung finden.

Machen wir uns nun an die Aufdeckung dieses Verfahrens. Die Quellen ergeben, daß die Einreden des Hauptschuldners auch dem Bürgen zustanden, [2]) und beschränken unsere Forschung darauf, ob dies immer bezw. unter welchen Voraussetzungen es der Fall war.

Es sind zunächst zwei Hauptgruppen von Stellen zu unterscheiden: erstens solche, welche dem Bürgen exceptiones des Hauptschuldner jedenfalls gewähren, zweitens solche, welche bestimmte exceptiones nie [3]) gewähren. Unter ersteren können wir wieder drei Unterabteilungen bilden:

a) solche, die bestimmte Einreden unbedingt und ohne jede Voraussetzung gewähren; [4])
b) solche, die wieder andere bestimmte ausdrücklich nur bei Rückgriffsmöglichkeit [5]) des Bürgen gewähren, [6]) wenn sich also die Ver-

---

[1]) Beachte indes den Versuch von **Mitteis**; s. unter S. 8 Anm. 3.

[2]) Im ältesten Rechte dürften die Einreden des Hauptschuldners, wie allgemein angenommen wird, dem Bürgen verschlossen gewesen und diese ihm erst allmählich durch die römischen Juristen zugänglich gemacht worden sein.

[3]) l. 7 pr. D. 44, 1 („exceptiones personae cohaerentes"; sehr scharf gegen diesen unklaren Begriff die beifallswerten Ausführungen von **Mitteis** S. 141 f.), § 4 J. 4, 14.

[4]) l. 16 § 1 D. ad. S. C. Vellej. 16, 1 (quia totam obligationem senatus improbat): l. 58 § 1 D. 17, 1 (Nachlaßvertrag auf decretum praetoris).

[5]) Beispiele für fehlendes Rückgriffsrecht in l. 6 § 2 D. 17, 1; s. auch **Geib** S. 111.

[6]) l. 9 § 3 D. de S. C. Maced. 14, 6 (Succurritur fidejussori quoque et

bürgung als negotium utiliter gestum darstellt oder in Ausführung eines mandatum erfolgt ist;

c) solche, welche in dem gerade vorliegenden Falle die exceptio gewähren,[1]) auch wohl einen Grund für die Gewährung anführen, oder sich gar zu einem allgemeinen, auf das Problem bezüglichen Ausspruche aufschwingen, gegen den aber dann wie gegen alle Theorie der Römer das schärfste Mißtrauen am Platze erscheint.[2])

Streit herrscht nun, was für die Fälle unter c und allgemein als Regel, als im Zweifel geltende Norm anzusehen ist, ob das für a oder das für b maßgebende Verfahren.

Es haben sich in dieser Hinsicht drei große Gruppen von Auffassungen gebildet:

1. Das Akzessionsprinzip[3]) gemäß l. 32 D. 46, 1: ex per-

---

mandatori ejus, qui et ipsi mandati habent regressum, tunc enim, cum nullum regressum habeant, senatus consultum locum non habebit); l. 32 D. de. pactis 2, 14 (Quod dictum est, si cum reo pactum sit, ut non petatur, fidejussori quoque competre exceptionem: propter rei personam placuit, ne mandati judico conveniatur. Igitur si mandati actio nulla sit, forte si donandi animo fidejusserit, dicendum est, non prodesse exceptionem fidejussori.)

[1]) Davon geben Rückgriff als Grund an: § 4 J. 4, 14; l. 27 § 1 D. 2, 14; l. 29 D. 4, 8; l. 19 § 5 D. 16, 1; l. 1 § 8 D. 44, 5; l. 15 D. 46, 1; l. 46 D. 46, 1. Auf Rückgriff deuten auch hin: l. 21 § 5 D. 2, 14 (also pacta in personam nicht!); l. 8 § 4 D. 16, 1 (vgl. Gradenwitz S. 155 Anm. 2); l. 5 pr. D. 34, 3 (diese Deutung wird von Mitteis S. 148 angegriffen, aber die Übersetzung von Hasenbalg S. 317 liegt viel näher); l. 24 D. 39, 5.

Nicht geben Rückgriff als Grund an: l. 14 § 6 D. quod metus causa 4, 2; l. 28 § 1 D. de jurej. 12, 2; l. 1 pr. D. 36, 4; l. 7 § 1 D. 44, 1; l. 49 pr. D. 46, 1. Vgl. dazu unten S. 11 Anm. 3 Abs. 2.

Auf Akzession weisen die bei und in Anm. 1 von S. 9 angeführten Stellen hin.

[2]) Über die völlige Unzuverlässigkeit der theoretischen Auseinandersetzungen der Römer vgl. Neumann S. 7 f.; Jhering S. 272 („decken sich die Konstruktionsversuche der römischen Juristen mit dem positiven Recht, so nehmen wir sie an, wo nicht, so weisen wir sie als verfehlt zurück“), S. 273 („so hoch ich im übrigen die römischen Juristen stelle, so wenig kann ich doch mit dem Urteil zurückhalten, daß ihre Konstruktionsversuche mitunter geradezu an das Abgeschmackte grenzen“); auch Girtanner S. 41; Geib S. 95; Rappaport S. 51 Anm. 4.

[3]) Vangerow § 578 S. 137 f.; Brinz § 255 S. 185.; Hasenbalg, Zusammenfassung S. 312; Windscheid-Kipp II § 477 S. 1082 f.; Dernburg § 79 S. 215 Anm. 5.

Hierher gehört auch die Auffassung von Mitteis, der eine Systematisierung der Einreden nach materiellrechtlichen Gesichtspunkten versucht. Er lehrt (Zusammenfassung S. 158): 1. Das Rückgriffsrecht ist gleichgültig; 2. der Bürge kann diejenigen Einreden unentziehbar vorschützen, „deren Tatbestand bereits ein das Nichtwollen der Schuld beweisendes Verhalten des Hauptschuldners involviert“; 3. er kann diejenigen Einreden nur mit Ermächtigung des Hauptschuldners geltend machen, die auf einem „subjektiven Dispositionsrechte“ beruhen. Mitteis hat diese Auffassung nicht aus den Quellen geschöpft, sondern sie sich aprioristisch gebildet, und sucht nun nachzuweisen, daß sie zu den Quellen nicht in Widerspruch tritt. So werde ihm denn auch aprioristisch geantwortet: a) Mitteis sagt uns nicht, wie mit den Einreden zu verfahren ist, die weder unter 1 noch unter 2 fallen, denn diese beiden Gruppen bilden doch keinen kontradiktorischen

sona rei et quidem invito reo exceptio et cetera rei commoda fidejussori ceterisque accessionibus competere potest,[1]) herrschend im gemeinen Rechte, sieht in den Stellen unter a den Niederschlag der Regel und in den Fällen von b Ausnahmen oder Überreste veralteter Anschauungen.[2])

2. Das Prinzip des zu vermeidenden Rückgriffs[3]) (Rückgriffsprinzip) glaubt umgekehrt, daß b die Regel und a Ausnahmen enthalte.

3. Die vermittelnde von Rappaport[4]) aufgestellte Meinung nimmt Nebeneinandergelten und gegenseitige Ergänzung von Akzessions- und Rückgriffsprinzip an.[5])

Unter diesen einander widerstreitenden Anschauungen ist dem Rückgriffprinzipe der Vorzug zu geben. Es beruht auf einer ungemein feinen Abwägung der beteiligten Interessen, wie in solcher die Römer Meister waren.

Im Verhältnisse des Gläubigers zum Hauptschuldner hat, wenn die Forderung mit einer Einrede behaftet ist, dieser das Übergewicht. Der Schwerpunkt dieses Verhältnisses darf durch den Hinzutritt eines Dritten, eines Bürgen, nicht verschoben werden; das Interesse des Hauptschuldners muß das stärkere bleiben. Dem wäre nicht so, wollte das Recht dem rückgriffberechtigten Bürgen die Einreden des Hauptschuldners vorenthalten und ihn schutzlos dem Gläubiger preisgeben. Denn im Innenverhältnis könnte sich der Bürge an den Hauptschuldner halten, der so um die Vor-

---

Gegensatz; b) sie bilden aber auch keinen konträren, sondern kreuzen sich wie bei der exc. doli oder metus und der exc. der laesio enormis, von denen Mitteis diese unter 3 (S. 143), jene beiden unter 2 (S. 145) rechnet.

[1]) Beachte indes das potest! Ähnlich l. 19 D. 44, 1; l. 60 D. 46, 1.

[2]) Zu demselben Ergebnisse kommt die „Identitätstheorie" Bekkers (S. 200 f.) aus der Anschauung heraus, daß „die res, auf die sich die Klage wider den fidejussor bezieht, der Anspruch des Gläubigers an den Schuldner ist"; diese Erkenntnis sei freilich im justinianischen Rechte völlig verloren gegangen (vgl. dazu auch S. 26 Anm. 2).

[3]) Girtanner S. 43 f.; Zusammenfassung S. 516; Mandry S. 479 f. bes. 480; Eisele S. 299; Unger S. 18 f.; Dernburg, Kompensation S. 458 f.

[4]) Zusammenfassung S. 54.

[5]) Nicht unter diese Einteilung zu bringen ist die eigentümliche Auffassung von Geib (S. 109 f. angenommen von Strube S. 25, 35; Triebel S. 12), der alles auf den „Verbürgungswillen", auf die „Intensität des Bürgschaftsversprechens" abstellt. Das Rückgriffverhältnis habe allerdings, aber nur insofern Bedeutung, als „der vom fidejussor in Aussicht genommene Ersatzanspruch ein Symptom dafür sei, daß der fidejussor nur für vollwirksame, nicht für exzeptionsmäßige Hauptschuld Sicherheit leisten wolle". Vgl. gegen ihn die trefflichen Ausführungen von Rappaport S. 58 f., denen durchaus beizupflichten ist. Es mag nur noch folgende Erwägung hinzugefügt werden: Kommt so schließlich alles auf Abmachungen zwischen Bürgen und Gläubiger an, so ist nicht einzusehen, warum der Prätor zum Schutze des Bürgen den Umweg über die Einreden des Hauptschuldners sollte eingeschlagen haben. Er hätte dem Bürgen ja aus dessen eigenem Verhältnis zum Gläubiger eine eigene exc. doli geben können; s. auch unten S. 19 Anm. 2.

teile seiner Rechtsstellung gebracht würde. — Freilich gibt es eine Möglichkeit, ohne die Einredenverleihung die Rechtsstellung des Hauptschuldners zu schonen: Der Prätor hätte dem Bürgen für solche Fälle den Rückgriff auf den Hauptschuldner entziehen können — würde damit aber eine beispiellose Regelwidrigkeit geschaffen haben, gerechtfertigt weder durch die Rücksicht auf den Hauptschuldner, dem auch auf anderem Wege Gerechtigkeit werden kann, noch durch die auf den Gläubiger, dem nicht grundlos mehr zuzufallen braucht, als er von vornherein beanspruchen darf. Durch eine solche Bestimmung wäre dem Bürgschaftsrecht die normale Grundlage entzogen und damit seine Bedeutung im Verkehrsleben gebrochen worden. [1])

Und nun zu dem rückgriffberechtigten Bürgen! Versagt man ihm die Einreden des Hauptschuldners, so schafft man jedenfalls keine Regelwidrigkeit. Denn es ist ja umgekehrt vielmehr die Verleihung der Einreden des Hauptschuldners an den Bürgen in der Rechtsentwicklung ein Novum[2]) und bedarf ihrerseits der Begründung. Man gefährdet auch nicht das Verkehrsleben, mag man auch dem Rechtsinstitute der Bürgschaft selbst verschwindenden Abbruch tun, da die Bürgschaft, soweit sie des Rückgriffs entbehrt, eine Anormalität darstellt und auf anormalen Entschließungen beruht, deren Würdigkeit, gefördert zu werden, sogar durch Rechtsänderungen, eben ihrer Anormalität wegen rechtspolitisch nicht zu beurteilen ist. Man stört schließlich in keiner Weise das Machtverhältnis zwischen Hauptschuldner und Gläubiger, der dadurch, daß er von dem Bürgen Erfüllung ohne Berücksichtigung der auf der Schuld haftenden Einrede erwirkt, jenen nicht in Gefahr bringt, die Leistung des Bürgen seinerseits ausgleichen zu müssen. Der Hauptschuldner scheidet also aus

---

[1]) So erklärt sich zwanglos die zunächst befremdende Erscheinung, daß ein Innenverhältnis Außenwirkungen zeitigt — übrigens schon darum kein Grund zu ungläubiger Ablehnung des Rückgriffsprinzipes, weil zum mindesten für einzelne exceptiones (s. oben S. 7 Anm. 6) diese Regelung durch unanfechtbare historische Zeugnisse belegt ist. Wegen ihrer Merkwürdigkeit hat die Erscheinung mehrfach zu theoretischer Betrachtung Anlaß gegeben. Es seien aufgeführt Girtanner S. 516 f. (fingierte Übertragung, auf die der Bürge, analog l. 38 § 1 D. 17, 1, Anspruch habe; sehr scharf gegen ihn Unger S. 21 Anm. 24); Unger S. 18 (nach einem Ausdrucke Jherings Reflexwirkung von des Hauptschuldners eigenem Recht oder Interesse), — ferner mit Beschränkung auf die Aufrechnungseinrede: Eisele S. 299 (mittelbare Gegenseitigkeit); Waldner S. 63 f. (rechtliches Aufgedecktsein der Haftung des Bürgen als einer fremdnamigen, Vertretungscharakter der Bürgschaft); Mitteis, Individualisierung S. 86 f. (Polemik gegen Waldner. Keine Anomalie. „Ist denn nicht schließlich jede Kompensation Hervorkehrung eines der geltend gemachten Forderung ganz fremden Rechtsverhältnisses? Und ist das ganze Kompensationsrecht mehr als ein Institut der Billigkeit, für dessen Ausdehnung strenge Grenzen in der Natur der Sache nicht gegeben sind?" Andere Beispiele aus dem römischen Rechte, in denen der Bestand von Schuldverhältnissen beherrscht wird durch Fragen des späteren Ausgleichs). Vgl. auch die oben S. 9 Anm 5 zurückgewiesene Theorie von Geib.

[2]) vgl. oben S. 7 Anm. 2.

der Betrachtung aus, damit aber auch die Notwendigkeit, das Interesse des Gläubigers niederzuhalten. Denn die Forderung des Gläubigers stellt trotz ihrer Einredebehaftung ein rechtlich anerkanntes Interesse dar, dem das Recht nur für einen bestimmten Fall — exceptio probat regulam kann man mit Doppelsinn sagen — den Schutz versagt. Andererseits bedeutet die rückgrifffreie Bürgschaft eine Freigebigkeit des Bürgen gegen den Hauptschuldner. Somit steht der Gesetzgeber vor der Wahl, entweder durch Einredenverleihung Freigebigkeiten zu fördern oder durch Einredenversagung bestehende rechtliche Interessen zu schützen. Und er sollte aufgehört haben, dieses zu tun, um jenes üben zu können? Hat sich einer gefunden, der auf eigenen Kopf und eigene Gefahr, und ohne an dem Hauptschuldner Rückhalt zu nehmen und so dessen Interessen mit den seinen zu verknüpfen, für die Hauptschuld haften will, nun so mag er haften, schlechthin haften nach Wort und Sinn seiner Verpflichtungserklärung. Warum sollte man dem Gläubiger seinen Vorteil mißgönnen, der ihm freilich von ungefähr, ohne Verdienst, ohne sachliche Begründung zugefallen ist, den ihm aber der Bürge auch seinerseits von ungefähr, ohne Not, ohne sachliche Begründung angetragen hat? In pari causa melior est causa possidentis. Es liegt kein Grund vor, dem Bürgen in den Einreden des Hauptschuldners Verteidigungswaffen dienstbar zu machen, deren Gebrauch oder Nichtgebrauch in die freie Entschließung eines ihm fern und fremd gegenüberstehenden Dritten gestellt ist.

Rechtfertigen so innere Gründe positiv das Akzessionsprinzip, so kommen ihm negativ auch Erwägungen zugute, die gegen die übrigen Anschauungen sprechen.

Gegen das Akzessorietätsprinzip sprechen ihrer vor allem drei:

1. eine historische: Die Anhänger des Akzessionsprinzipes geben durchweg zu, daß das Rückgriffprinzip zuerst gegolten habe [1]) — Julian soll der Neuerer gewesen sein —. [2]) Es streitet demnach eine Vermutung für dieses, die nur durch vollgültigen Beweis von dem späteren Herrschendwerden einer andern Auffassung überwunden werden kann, und nun vermag man die Befolgung des Akzessionsprinzipes nur an einigen wenigen exceptiones von so eigener Artung darzutun [3]), daß diese Übung sich un-

---

[1]) Dernburg § 79 Anm. 5; Brinz § 255 S. 185 Anm. 27; Mitteis S. 141 unten S. 149 Anm. 1; auch Gradenwitz S. 148.

[2]) Man beruft sich auf l. 16 § 1 D. 16, 1; indes wird noch nach Julian Rückgriff als Grund der Einredenverleihung angegeben, so in l. 19 § 5 D. 16, 1 (Afrikan) und l. 8 § 4 D. 16, 1 (Ulpian).

[3]) vgl. bezüglich der exc. S. C. Vellejani (l. 16 § 1 D. 16, 1): Girtanner S. 44 (nicht einmal eine naturalis obligatio ist vorhanden); Vangerow § 578 Anm. 2 S. 138 (ebenso); Dernburg, Kompensation S. 458 (Hauptschuld völlig unwirksam); Glück S. 54 Anm. 25 (Verbot des Senates bezieht sich auf das ganze Rechtsverhältnis einschließlich etwaiger Bürgschaftsverbindlichkeiten); Mandry S. 478 unten (ebenso); Mitteis S. 148 (öffentliches Interesse); Gradenwitz S. 149 f. (1. obligatio improbata, 2. Möglichkeit der Restitution des alten Schuld-

schwer aus besonderen Rücksichten erklären läßt, wie auch Vertreter des Akzessionsprinzipes anerkannt und ausgeführt haben.[1])

2. eine dogmatische: Der Begriff der Akzession leidet an Unklarheit.

Wie Girtanner[2]) überzeugend nachgewiesen hat, bezieht sich derselbe nicht auf das Fortbestehen, sondern nur auf das Entstehen der Bürgschaft. Der Wegfall der Hauptschuld braucht das Erlöschen der einmal begründeten fidejussio nicht zur Folge zu haben. Schluß: nachträglich eingetretene Einredebehaftung der Hauptschuld muß nicht Einredebehaftung der Bürgenverbindlichkeit herbeiführen.

Wie ferner Geib[3]) gezeigt hat, steht die Stärke, der Grad, die Intensität der Verpflichtung des Bürgen in keinem Abhängigkeitsverhältnis zur obligatio principalis. Jede von beiden kann stärker oder schwächer als die andere sein und werden. Also: auch von vornherein begründete Einredebehaftung der Hauptschuld braucht nicht Einredebehaftung der Bürgenverbindlichkeit zu bewirken.

Vielmehr ist für das römische Recht die Lehre von einem Bestand und Inhalt der Bürgenverbindlichkeit so innig von der Hauptschuld abhängig machende Akzessionsverhältnisse auf mangelnde Sorgfalt bei Anwendung der induktiven Methode zurückzuführen. Aus einer Reihe von Einzelerscheinungen leitete man das „Prinzip“ ab, ohne zu beachten, daß

---

ners); Geib S. 128 f. (ebenso); Rappaport S. 50 (ebenso). l. 58 § 1 D. 17,1 enthält eine Singularität und wird nirgendwo gegen das Rückgriffprinzip ins Feld geführt; über diese Stelle vgl. Girtanner S. 515 Anm. 34 (Einfluß des decretum praetoris).

Übrigens nimmt man an, daß die in l. 7 § 1 D. 44, 1 aufgeführten Einreden auch dem nicht rückgriffberechtigten Bürgen zustanden (vgl. dazu oben S. 8 Anm. 1 Abs. 2) — beachte indes die unterschiedslose Erwähnung auch der exc. S. C. Macedoniani, von der doch ausdrücklich bezeugt ist, daß sie nur den rückgriffberechtigten Bürgen gegeben wurde —. Für die exc. rei judicatae, jusjurandi, pacti in rem (vgl. darüber Geib S. 103 f., 131 f.; Dernburg, Kompensation S. 458 Anm. 3; Mitteis S. 147) erscheint wegen ihres Solutionscharakter (l. 27, 28 § 1 D. 12, 2) eine abweichende Regelung unauffällig und berechtigt, desgleichen wegen des ihnen anhaftenden öffentlichen Interesses für die exc. quod libertatis onerandae causa petitur und legis Plaetoriae (vgl. Geib S. 130; Mitteis S. 147/48; auch l. 13 pr. D. 4, 4). Als Gründe für die Ausnahmestellung der exc. doli und quod metus causa geben an: Dernburg, Kompensation S. 458 völlige Unwirksamkeit der Hauptobligation; Gradenwitz S. 59 deliktsähnliche Tatbestände; S. 149 Mißbilligung durch die Rechtsordnung; Geib S. 128 dasselbe; Mitteis S. 147: Schuld ist vom Hauptschuldner nicht gewollt.

[1]) Es soll übrigens nicht verschwiegen werden, daß die Gegner Versuche machen, die mit zweifelsfreier Eindeutigkeit Rückgriffmöglichkeit erfordernden Quellenstellen in ihrem Sinne zu erklären, so bezüglich l. 32 D. de pactis 2, 4: Mitteis S. 150 (Widerspruch mit andern Stellen); Rappaport S. 52 f. (wenn auch nicht nur eine Naturalobligation zurückgeblieben, so liegt doch gegenüber der acceptilatio eine inhaltlich schwächere Wirkung vor) — bezüglich l. 9 § 3 D. ad S. C. Maced. 14, 6: Mitteis S. 151 Anm. 1 (nur eine Naturalobligation ist zurückgeblieben); Rappaport S. 53 oben (ebenso).

[2]) S. 82 f.; Zusammenfassung S. 513; vgl. auch Geib S. 91 f.

[3]) S. 83 f.

andere seiner Formulierung widerstrebten. Sie müssen, schließlich entdeckt, es sich nun gefallen lassen, als Ausnahmen gekennzeichnet zu werden, ohne daß man für diese regelwidrige Normierung stichhaltige Gründe zu erbringen vermöchte. Was aber nicht allzu augenfällig mit dem „Prinzipe“ in Widerspruch tritt, das muß sich seiner angemaßten Herrschaft beugen. Und doch: non ex regula jus sumatur, sed ex jure, quod est, regula fiat (l. 1 D. 50, 17).[1])

3. eine psychologische: Bei der allgemein anerkannten Schwäche[2]) der Römer, schon nach dem Normalfalle, schon nach dem, was gewöhnlich zutrifft, einen allgemeinen Satz zu formulieren, muß beim Gegenübertreten eines ganz allgemein gehaltenen und eines Ausspruches, in dem sie jenem Beschränkungen auferlegen, die größere Vertrauenswürdigkeit notwendigerweise diesem zugebilligt werden, d. h. für unsere Frage den Rückgriffmöglichkeit erfordernden Stellen.

Zu diesem Schlusse führt auch folgende Feststellung: Sieht man von den S. 7 Anm. 4 erwähnten exceptiones, die unzweifelhaft jedem Bürgen zustanden, und etwa auch von den S. 11 Anm. 3 Abs. 2 aufgeführten ab — denn alle diese sind, wie von den Gegnern zugestanden wird, durch besondere Umstände erklärbar —, so vermag sich das Akzessionsprinzip nur auf die S. 9 zu und in Anm. 1 angegebenen Stellen zu stützen. Diese aber sind alle drei[3]) durchaus abstrakter Natur, sie entspringen nicht einem Rechtsfalle, an dem der theoretisierende Jurist die Richtigkeit seiner Äußerung gleichsam hätte nachprüfen können. Dagegen enthalten die für das Rückgriffprinzip sprechenden Quellenzeugnisse (S. 7 Anm. 6, S. 8 Anm. 1 Abs. 1 bis auf ein einziges (§ 4 J. 4, 14) sämtlich eine Sachentscheidung.

Gegenüber Rappaport, der Nebeneinandergelten von Akzessions- und Rückgriffprinzip annimmt und meint, daß „ihrem Grundgedanken nach beide recht gut nebeneinander stehen, und, wo dies nicht stattfand,

---

[1]) vgl. demgegenüber die durchaus maßvollen und richtigen Darlegungen über den Begriff der Akzession bei Hölder § 35 S. 162: „. . . accessio bedeutet ein zwischen Dingen von rechtlicher Bedeutung bestehendes Verhältnis von rechtlicher Bedeutung . . . Die Art und der Grund dieses Verhältnisses ergibt sich in keiner Weise aus dem Begriffe der Akzession . . . Wenn dem Grundeigentümer die Hälfte des in seinem Grundstücke entdeckten Schatzes jure accesionis zufällt, so ist nicht etwa der Grund dieses Rechtssatzes ein unabhängig von demselben zwischen dem Grundstücke und dem Schatze bestehendes Akzessionsverhältnis; vielmehr ist es jener Rechtssatz, durch welchen in Ansehung des von ihm normierten Punktes der Schatz als Akzession des Grundstückes behandelt wird“.

[2]) vgl. oben S. 8 Anm. 2.

[3]) Daß sie zuviel behaupten, zeigt schon die unbezweifelte Tatsache, daß gewisse Einreden des Hauptschuldners dem Bürgen nie zustanden; vgl. oben S. 7 Anm. 3. Die Annahme liegt durchaus nahe, daß der Jurist auch in diesen Stellen den Normalfall, die rückgriffbekleidete Bürgschaft, im Auge hat. Ihr Gegenstück würden diese Stellen dann in jenen finden, welche dem Bürgen schlechthin Rückgriff auf den Hauptschuldner zubilligen, so § 4 J. 4, 14; § 6 J. 3, 20; Gai III § 127.

einander ergänzen konnten",[1]) muß festgestellt werden, daß im Gegenteil beide Prinzipien als Ideen miteinander durchaus unverträglich sind, da das eine den Einredenschutz allgemein, das andere nur unter einer gewissen Voraussetzung gewährt, da also das eine grundsätzlich „ja", das andere grundsätzlich „nein" sagt. Und ihre praktische Inkongruenz läßt sich sogar mathematisch dartun. Werden die Fälle, in denen das Akzessionsprinzip den Einredenübergang bewirkt, im Kreise a, die dem Rückgriffprinzip unterworfenen im Kreise b zusammengefaßt, so schwimmt Kreis b als der kleinere offenbar im Kreise a, ohne irgendwo über dessen Rand hinauszuragen. In den Fällen b können freilich beide Prinzipien — in ihrem praktischen Ergebnisse — „recht gut nebeneinander stehen", da beide zu derselben Entscheidung kommen, in den Fällen (a—b) jedoch, „wo dies nicht stattfand", vermögen sie nimmermehr „einander zu ergänzen", weil es ausgeschlossen ist, daß Kreis b den Kreis a ergänzen, d. h. den praktischen Ergebnissen, zu denen a kommt, über Kreis a hinaus Geltung verschaffen könnte. Vielmehr vermag nur Kreis a den Kreis b zu ergänzen, was indes mit der Anerkennung des Akzessionsprinzipes zusammenfällt. Von teilweisem Nebeneinander, teilweiser gegenseitiger Ergänzung dürfte eben nur die Rede sein, wenn die Peripherieen a und b einander schnitten.

Wie sich übrigens in den weiteren Ausführungen[2]) von Rappaport zeigt, liegt diesem nicht so viel an seiner Theorie in ihrer positiven Fassung als daran, negativ weder Akzessions- noch Rückgriffprinzip gelten zu lassen. Es kommt ihm auf die billige Abwägung der beiderseitigen Interessen an einzelnen Fällen an, dessen Entscheidung er nun bald mit „Rückgriffprinzip" bald mit „Akzessionsprinzip", wie es gerade paßt, begründet. Aber ist das eine wissenschaftliche Begründung? Entweder es gibt ein allgemeines Prinzip, oder es gibt keins. Behauptet Rappaport letzteres, so werden wir ihm das Gegenteil schwer dartun können, da wir auf einzelne Entscheidungen angewiesen sind. Doch erscheint dieses Auskunftsmittel als eine billige Lösung für alle Fragen, die zweifelhaft und bestritten sind. Im allgemeinen streitet doch eine Vermutung dafür, daß sich in der Vollendung des römischen Rechtes für die einzelne Interessenkollision eine Formel gefunden hat.

So dürfen wir an den Schluß dieser Untersuchungen den Satz stellen: Die Einreden des Hauptschuldners stehen dem rückgriffberechtigten Bürgen grundsätzlich zu, aber regelmäßig auch nur dem rückgriffberechtigten.

Die Fassung dieses Satzes deutet zwei in entgegengesetzter Richtung verlaufende Ausnahmereihen an. Wir werden daher, bevor wir an die

[1]) Ganz anders Mandry S. 480 Anm. 4, der die Möglichkeit hervorhebt, daß im klassischen Rechte zwei Anschauungen, vielleicht entsprechend den beiden Juristenschulen der Sabinianer und Prokulejaner, einander gegenüberstanden.

[2]) vgl. S. 49, 62.

unmittelbare deduktive Übertragung des Grundsatzes, der Regel auf die Einrede der Aufrechnung gehen dürfen, unserm Vorsatze getreu zuzusehen haben, ob nicht vielmehr diese Einrede in einer jener Ausnahmereihen enthalten ist.

Wenden wir uns zunächst zu den — immer im Tatbestande der betreffenden exceptio liegenden — Gründen, welche voraussetzungslos einem jeden Bürgen die einzelne Einrede zugänglich machen (Einschränkung des „regelmäßig“ in dem Ergebnissatze)[1]), so wird ein Überblick über die Beispiele von S. 11 Anm. 3 zeigen, daß für die exceptio compensationis deren keiner zutrifft.

Doch ein Bedenken steigt auf: wie dort zugegeben wird, dürfte die exceptio doli ohne Rücksicht auf Rückgriffmöglichkeit dem Bürgen schlechthin zugestanden haben. Und nun war die Aufrechnungseinrede als exceptio doli gestaltet. Sollte demnach auch für sie jene Normierung gegolten haben? Mit nichten, denn bei der Erwähnung der exceptio doli l. 7 § 1 D. 44, 1 kann nur an die exceptio doli specialis seu praeteriti gedacht sein,[2]) während die Aufrechnung durch die exceptio doli generalis seu praesentis vermittelt wird.

Zu diesem Schlusse führt folgende Überlegung: Da die exceptio doli generalis keinen bestimmten Tatbestand voraussetzte, sondern als „das Mittel, dem judex die Berücksichtigung einer jeden Einrede möglich zu machen“[3]) die allgemein stellvertretende exceptio war gemäß dem Satze: dolo facit, quicumque id quod quaqua exceptione elidi potest petit, so würde sich andernfalls ergeben, daß die inhaltlich nämliche einredeweise Einwendung nur dem Rückgriffbürgen gewährt wurde, wenn sie in die ihr eigentümliche Einrede gefaßt worden, dagegen jedem Bürgen, wenn die Form der exceptio doli gewählt worden war.

Auch l. 49 pr. D. 46,1 und l. 1 pr. D. 36,4[4]) lassen sich nicht gegen uns verwerten, wenn sie auch beide die exceptio doli generalis in dem gerade zu entscheidenden Falle, ohne eine Einschränkung hinzuzufügen, „dem“ Bürgen zuerkennen. Es ist nämlich nach dem oben S. 8 Anm. 2 S. 13 Anm. 3 Gesagten sehr wohl möglich, daß auch diese Stellen nur den Normalfall, die rückgriffbekleidete Bürgschaft, meinen, und zweitens muß beachtet werden, daß beide leges die exceptio aus letztwilligen Verfügungen begründen, denen das römische Recht bekanntlich so „benigne“

---

[1]) Hinsichtlich der Einschränkung des „grundsätzlich“ s. unten S. 17.

[2]) Darauf weist auch die Stellung neben der exc. quod metus causa hin; zudem treffen die oben S. 11 Anm 3 Abs. 2 aufgeführten Gründe für die Sondernormierung der exc. doli nur auf die spezielle zu.

[3]) Windscheid-Kipp I § 47 S. 209 Anm. 7.

[4]) Geib S. 128 folgert aus diesen Stellen, ohne an eine Unterscheidung zu denken, daß die exceptio doli dem Bürgen schlechthin zustehe; ebenso Rappaport S. 51.

wie möglich entsprach.[1]) Führt diese weitgehende Rücksichtnahme in l. 49 cit. dazu, den Erlaßwillen des Erblassers als auch den fidejussor umfassend zu deuten,[2]) so schafft sie in l. 1 cit. eine derartig scharfe Mißbilligung der Kautionsstipulation, daß ähnlich wie beim S. C. Vellejanum dieser Ungültigkeitsgrund auf die Bürgenverbindlichkeit übergreift.[3])

Diese eigenartigen Fälle vermögen daher — ganz abgesehen von den oben durchgeführten allgemeinen Erwägungen — keine zuverlässige Unterlage für die Formulierung einer Regel abzugeben, die auch dem nicht rückgriffberechtigten Bürgen die exceptio doli generalis zugestände, zumal da gerade diese Einrede, wie es ihre Stellvertreteraufgabe erfordert, eine besondere Anpassungsfähigkeit besitzt an die Eigentümlichkeiten des zugrunde liegenden Sachverhältnisses und dessen prozessuale Bedürfnisse und so nur bei wesentlicher Übereinstimmung der Tatbestände gestattet, Rückschlüsse von einem Fall auf den andern zu ziehen.

Zudem scheint der Jurist in l. 15 pr. D. 46, 1 die Einrede gegenwärtiger Arglist ausdrücklich auf den Rückgriffbürgen zu beschränken; denn die exceptio doli generalis ist der Klage aus einer sine causa eingegangenen Stipulation entgegenzusetzen.[4])

Läßt sich somit aus den Quellen kein Grund ersehen, weshalb die exceptio compensationis dem Bürgen schlechthin sollte zugänglich gewesen sein, so ist es doch denkbar, daß für diese Einrede ein besonderer Gesichtspunkt maßgebend sein muß, vielleicht ein so der Aufrechnung eigentümlicher, daß er an den in den Quellen behandelten exceptiones schlechterdings zum Ausdrucke kommen konnte.

Ein solcher könnte in einer negativen Wirkung des Sicherungszweckes der Bürgschaft gefunden werden.[5]) Ist der Gläubiger durch die Möglichkeit der Aufrechnung bereits gesichert — könnte man folgern —, dann handelt er arglistig, wenn er den Bürgen belangt, und dieser würde ihm die exceptio doli generalis entgegensetzen können, gerade wie es auch der aufrechnungsberechtigte Hauptschuldner gegenüber dem Klagbegehren des Gläubigers kann. Indes darf nicht übersehen werden, daß die Anerkennung einer solchen negativen Wirkung des Sicherungszweckes der Bürgschaft durch die Rechtsordnung, mochte jene Beschränkung sich auch in der Sitte[6]) bereits durchgesetzt haben, erst durch das justinianische

---

[1]) Beachte die weitherzige Auslegung in l. 1 cit.: Der Erblasser habe den Satz ignorantia juris nocet unbeachtet wissen wollen!

[2]) Mitteis S. 157.

[3]) Gradenwitz S. 150 oben.

[4]) Gai IV § 116; Liebe S. 83.

[5]) So Dernburg, Kompensation S. 459ff., indes wohl nur für das justinianische bezw. gemeine Recht; auch auf das klassisch römische deutet allerdings Eisele S. 300 Anm. 23 diese Stelle.

[6]) vgl. Quintiliani declamationes, d. 273: Non enim aliter salvo pudore ad sponsorem venit creditor quam si recipere a debitore non possit.

beneficium excussionis[1]) erfolgte. Für das klassische Recht ist jener Gedankengang daher abzulehnen.

Demnach findet sich die Aufrechnungseinrede nicht in der Ausnahmereihe von exceptiones, die auch dem nicht rückgriffberechtigten Bürgen zustanden. Aber auf der andern Seite gibt es auch eine Ausnahmereihe von solchen exceptiones, die dem Bürgen nie zustanden. Ob die Aufrechnungseinrede nicht zu dieser Gruppe gehört (Einschränkung des „grundsätzlich" in dem Ergebnissatze von S. 14)?

Es handelt sich um die sogen. exceptiones personae cohaerentes.[2]) „Wo in aller Welt gibt es nun eine Einrede, die weniger rei und mehr personae cohaeret als die Kompensation mit einer, etwa nicht einmal konnexen, persönlichen Forderung?"[3]) Die Aufrechnungseinrede ist eine der sogen. rechtsverfolgenden Einreden, eine exceptio, die Verfügungsnatur besitzt, die, geltend gemacht, ein Recht des Beklagten ausübt, und, was am allermeisten für den persönlichen Charakter dieser Einrede ins Gewicht fällt, verbraucht, dem Beklagten ein „materielles Opfer"[4]) auferlegt. Soll man dem Bürgen die Befugnis einräumen, ein solches Rechtsgeschäft zu Lasten eines Dritten vorzunehmen, „einen Griff in das Vermögen des Hauptschuldners zu tun und ein Stück daraus loszuschlagen",[5]) vielleicht eine verzinsliche Forderung gegen eine unverzinsliche oder eine Forderung, die der Hauptschuldner gerade verkaufen will, aufzurechnen.[6])[7])

Demgegenüber sei indes in folgende Überlegung eingetreten:

Wenn wir dem Bürgen Aufrechnungsbefugnis nur bei Rückgriffberechtigung einräumen, also allein für den Fall, daß er Anspruch auf ein solches Stück besitzt, als da aus dem fremden Vermögen losgeschlagen wird, so wird in den persönlichen Machtkreis des Hauptschuldners nur insofern eingegriffen, als die Auswahl eines geeigneten Stückes und seine Hingabe dem Schuldner entzogen und dem fidejussor übertragen wird, als demnach der Anspruch auf ein solches Stück konzentriert wird in den auf dieses Stück und seine Verwirklichung auf der Stelle ohne Zutun des Hauptschuldners erfolgt. Diese Preisgebung persönlicher Befugnisse bedeutet gewiß ein Opfer für den Hauptschuldner, aber gegenüber der — sofort fälligen — Schadloshaltung des Bürgen durch Sacherfüllung, wie sie andernfalls notwendig würde, immer noch eine Erleichterung. Es erscheint

---

1) Nov. 4 c. 1.
2) vgl. oben S. 7 Anm. 3.
3) Mitteis S. 142.
4) Leonhard, Irrtum S. 312 oben.
5) Waldner S. 62.
6) Mitteis S. 143 Anm. 1.
7) Geib S. 115/16, der sonst mit Mitteis S. 144 Anm. 1 die auf einem „subjektiven Dispositionsrechte" beruhenden Einreden nur mit Ermächtigung des Hauptschuldners dem Bürgen zugestehen will, sieht indes in der Aufrechnungseinrede eine von vornherein auf den Rückgriffbürgen erstreckte, weil sie „die Schuld als solche objektiv affiziere".

daher unbedenklich, jene Rücksichten dem praktischen Bedürfnisse zuliebe unbeachtet zu lassen, wie dies auch kein Novum im Rechtssystem ist. Geschieht es doch immer bei der gewöhnlichen, rein gegenseitigen Aufrechnung. Immer sucht bei dieser der Aufrechnende selbst den Wert im Vermögen der Gegenpartei aus, mit dem diese ihrer Verbindlichkeit nachkommen könnte, und zieht ihn durch seine, von der Einwilligung des Aufrechnungsgegners unabhängige Entscheidung an sich.[1][2]

So lautet das Ergebnis unserer Erörterungen:

Im römischen Rechte kann der Bürge mit Forderungen des Hauptschuldners gegen den Gläubiger dann aufrechnen, wenn er rückgriffberechtigt ist.

Dieses Ergebnis befindet sich in Übereinstimmung mit dem Billigkeitsgefühl und den Bedürfnissen des Verkehrslebens. Es entspricht dem Prinzipe der Wirtschaftlichkeit, indem es das schwerfällige Hinundher

---

[1]) Eine geringe Abweichung zeigt die Sachlage allerdings bei der gewöhnlichen, rein gegenseitigen Aufrechnung, sofern sich nämlich bei dieser der Aufrechnende für einen Anspruch befriedigt, der bereits actio nata ist, während der Bürge durch Geltendmachung der Aufrechnungsmöglichkeit des Hauptschuldners das actionem nasci überhaupt verhindert. Indes scheint dieser Umstand nur für die hier vertretene Auffassung zu sprechen, da so auf dem Wege zu dem schließlichen Ziele der Rechtsordnung, das darin besteht, Ausgleich zu schaffen zwischen dem Soll und Haben der drei Beteiligten, sogar eine Staffel übersprungen wird, eine Staffel der Vorbereitung, der Unvollendung und infolgedessen der Unebenheit, der ungerechten Verteilung.

[2]) Anders Kohler, Zeitschr. XXIV, 12ff., der von einer eigentümlichen Konstruktion der Aufrechnung ausgehend, deren Rechtsgedanken er nur um dieser Konstruktion willen anerkennen will, jede Ähnlichkeit der Lage und jede Berechtigung zu einer der Aufrechnung entsprechenden Regelung verneint, wo, wie in unserm Falle und mit besonderer Beziehung auf diesen, die Konstruktion nicht übertragbar erscheint. Die Aufrechnung soll (S. 2 ff. a. a. O.) eine Art Anweisung darstellen. B, der zu seinem Schuldner A sagen könne: „Zahle, statt an mich, an X", müsse ihm auch sagen dürfen: „Zahle an dich selbst — und bezahle dadurch die Forderung, die du an mich hast". Kohler fühlt indes selbst, daß nicht alles in Ordnung ist. Zwar gleitet er über die erste Unstimmigkeit, daß nämlich die Anweisung vom Angewiesenen doch angenommen werden müsse, mit der praktischen, also die rechtliche Konstruktion bereits verlassenden Erwägung hinweg, daß A eine solche Anweisung nicht ablehnen dürfe, weil eine Zahlung an sich selbst die Zahlungsabwicklung nur erleichtere — aber selbst dies zugegeben, ist doch Nichtdürfen nicht gleich Nichttun. Dagegen widmet er sich aufs gründlichste einem 2. Einwurf, daß nämlich die statt des Zahlungsgeschäftes zwischen A als Angewiesenem und A als Anweisungsempfänger erfolgende rechtliche Gleichsetzung von Zahlensollen und Zahlen — auch nicht in die Konstruktion paßt und die Rechtslage schmälert, die A als Gläubiger (Anweisungsempfänger) einerseits und die anderen Gläubiger A's als Schuldners (Angewiesenen) andererseits nach der Konstruktion einnehmen müßten. Statt indes daraus den Schluß zu ziehen, daß die Konstruktion nicht richtig ist, folgert Kohler nur, daß das Anwendungsgebiet der Aufrechnung wesentlich zu beschränken sei — und doch setzt diese Folgerung selbst als Zwischenglied den Satz voraus, daß eine Anweisung, wie sie sonst besteht, und die doch allgemeine Anwendung müßte finden können, nicht vorliegt. Eine solche unechte, uneigentliche Anweisung aber kennt die Rechtsordnung nicht, und so wird Kohlers Konstruktion die Grundlage entzogen.

dreifacher Zahlerei vermeidet, den umständlichen Kreislauf der Aufrechnungssumme — vom Bürgen bezahlt, vom Hauptschuldner remboursiert, vom Gläubiger auf die Gegenforderung wieder beigetrieben — in die grade Linie zusammenzieht.

Wurden diese Untersuchungen auf Grundlage der — in der Wissenschaft bei weitem überwiegenden — prozessualen Theorien über den Aufrechnungsvollzug gewonnen, vermag dagegen insbesondere die rechtsgeschäftliche Theorie, die einzige neben jenen bedeutende, die wichtigste Voraussetzung zu unseren Schlußfolgerungen nur in beschränktestem Umfange anzuerkennen, so muß doch auch sie das gefundene Ergebnis als in hervorragendem Maße wahrscheinlich bezeichnen.

Es ist Leonhard, Aufrechnung S. 146 gegen Friedensburg S. 2 und Triebel S. 18 darin durchaus beizupflichten, daß, wie ja l. 4 l. 5 D. 16, 2[1]) zeigen würden, die Frage, wie die Aufrechnung erfolgt, nichts gemein hat mit der Frage nach der Aufrechnungsberechtigung des Bürgen, daß eine solche sich sehr wohl mit der rechtsgeschäftlichen Aufrechnung verträgt. Auch wir waren uns ja durchaus bewußt, daß die exceptio compensationis Verfügungsnatur besitzt, und haben uns gefragt, ob und welche Folgerungen aus diesem Umstande zu ziehen seien. Löst die rechtsgeschäftliche Theorie diesen Verfügungsakt aus der Verbindung, die er nach unserer Auffassung in der exceptio mit anderen Elementen eingegangen ist, und personifiziert sie ihn gleichsam in dem „Rechtsgeschäfte", in der einseitigen Erklärung, so mag jene Verfügungsnatur noch klarer hervortreten, wird aber kaum stärkere Bedenken gegen die von uns angenommene Regelung zu erzeugen vermögen, als wir gewürdigt und überwunden haben. Steht dem Ergebnisse so negativ kein Bedenken von diesem Standpunkte aus entgegen, so lassen positiv l. 4 l. 5 D. 16, 2, die doch eine Vergangenheit haben müssen, aus historischen Rücksichten vermuten, daß schon im klassischen Rechte eine Aufrechnungslage zwischen Hauptschuldner und Gläubiger dem Bürgen irgendwie zugute kam.

Noch einige Nebenpunkte bedürfen der Erörterung.

1. Nur erwähnt soll zunächst werden, daß, wie Verzicht auf Einreden grundsätzlich überhaupt zulässig ist, auch der Bürge auf die Befugnis, die exceptio compensationis des Hauptschuldners geltend zu machen, verzichten kann. Es steht nichts dem entgegen, daß dieser Verzicht schon im voraus gleich bei Eingehung der Bürgschaft[2]) erfolgt. Ebenso

---

[1]) vgl. oben S. 1 ff.

[2]) Bei dieser Gelegenheit sei nochmals gegen Geib (s. oben S. 9 Anm. 5) Stellung genommen, der uns vorwerfen könnte, auch wir stellten es ja hier schließlich auf den Willen des Bürgen ab. Gewiß, aber nur insofern wir der zum Ausdruck gekommenen „Verbürgungsintention" die Kraft zuschreiben, die nachgebliche gesetzliche Regelung der Frage, die naturalia negotii, durch accidentalia abzuändern, während Geib jede objektivrechtliche Normierung leugnet und be-

ist es selbstverständlich möglich, daß er durch konkludente Handlung ausgedrückt wird.

2. Es kann Zweifel erregen, ob nicht die Aufrechnungsbefugnis des Bürgen von dem Zeitpunkte des Entstehens der Aufrechnungslage abhängt. Bedenkt man jedoch, daß der Prätor die exceptiones des Hauptschuldners dem Bürgen zugänglich gemacht hat propter rei personam, ne mandati judicio conveniatur (l. 32 Dig. 2, 14), so wird man einsehen, daß dieses Schutzbedürfnis sowohl für Einreden vorliegt, die bei Eingehung der Bürgschaft bereits begründet sind, als für solche, die erst nachträglich zur Entstehung kommen.

In der Tat weisen die beiden Stellen, welche sich als die Hauptstützen des Rückgriffprinzipes darstellen, l. 9 § 3 D. de S. C. Maced. 14, 6 und l. 32 D. de pactis 2, 14, diese auf eine nachentstandene, jene auf eine von vornherein gegebene exceptio hin.

3. Steht dem Bürgen die Aufrechnungsbefugnis auch dann zu, wenn der Hauptschuldner durch pactum de non compensando darauf verzichtet hat?

Ist der Verzicht vor Begründung der Bürgschaft erfolgt, so können selbstverständlich dem fidejussor nicht Einreden des Hauptschuldners zuwachsen, die diesem abgehen. Andererseits dürfen ihm einmal erlangte exceptiones als wohlerworbene Rechte nicht dadurch, daß der Hauptschuldner deren Ausübung verbietet,[1]) oder durch Vereinbarungen zwischen diesem und dem Gläubiger[2]) entzogen werden.

Dagegen soll die Aufrechnungsbefugnis des Bürgen entfallen, wenn der Gläubiger bona fide die Gegenforderung durch Zahlung tilgt, bevor der Bürge die exceptio compensationis vorgeschützt hat.[3])

---

hauptet, der einzelne Verbürgungsvertrag und nur dieser trage die Grundsätze in sich, die für seine Beurteilung hinsichtlich der Einredenfrage maßgebend sein müßten.

[1]) Et quidem invito reo fidejussori competunt: l. 24 D. 39, 5; l. 19 D. 44, 1; l. 15 pr. D. 46, 1; l. 32 D. 46, 1.

[2]) Furius Anthianus in l. 62 D. 2, 14: Si reus postquam pactus sit, a se non peti pecuniam ideoque coepit id pactum fidejussori prodesse, pactus sit, ut a se peti liceat, an utilitas prioris pacti sublata sit fidejussori, quaesitum est. Sed verius est semel acquisitam fidejussori pacti exceptionem ei invito extorqueri non posse; vgl. dazu auch l 71 § 1 D. 46, 1: non enim pactum creditoris tollit alienam actionem. Dazu scheint in Widerspruch zu stehen Paulus in l. 27 § 2 D. 2. 14: Pactus, ne peteret, postea convenit, ut peteret: prius pactum per posterius elidetur . . . eadem ratione contingit, ne fidejussoribus prius pactum prosit. Diese Stelle muß indes dahin verstanden werden, daß der fidejussor entweder selbst das nachfolgende pactum geschlossen bezw. darein eingewilligt oder daß er sich erst nach dem zweiten pactum verbürgt hat; so Vangerow § 578 Anm. 2 S. 139 ff. mit Hinweis auf Glosse und Griechen, die die Stelle ebenso auslegten; Unger S. 65/66; Geib S. 117 Anm. 3; a. M. nur Girtanner S. 520/21.

Für die Aufrechnungseinrede insbesondere ebenso Krug S. 219/20; Dernburg, Kompensation S. 460.

[3]) So Dernburg, Kompensation S. 460. Das ältere Recht schwankte. Einerseits Titius 13. Kap. S. 662/63: Si debitor, qui compensare potuerat,

Anhang.

Constitutum.

Beim constitutum debiti alieni mangelt es gänzlich an unmittelbarem Aufschluß aus den Quellen. So sind wir auf Folgerungen und Erwägungen allgemeinerer Natur angewiesen.

Nahe liegt Girtanners[1]) Beweisführung: „Da dem fidejussor eine Einrede nur zusteht wegen seines Regresses und dieser Regreß nichts der fidejussio Eigentümliches ist, sondern auch beim constitutum vorkommen kann, so müssen wir das letztere der fidejussio in dieser Beziehung völlig gleichstellen."

Dieser Gedankengang übersieht jedoch m. E. den durchaus selbständigen Charakter des constitutum als des Versprechens einer eigenen, nicht einer fremden Schuld.[2]) Bei nachträglichem Wegfall der Hauptschuld — es sei denn durch Befriedigung[3]) — nihilo minus tenet constitutum quia retrorsum se actio refert (l. 18 § 1 D. 13, 5). Und auf nachträglich eintretende Einredebehaftung sollte der Konstituent sich im Gegensatz hierzu berufen dürfen! Die Annahme ist recht unwahrscheinlich.

Aber warum sollen wir auch hier wie bei der fidejussio den Hauptschuldner schützen, indem wir dem Konstituenten, der sich in seinem Auftrage[4]) verbürgt hat, seine exceptiones geben? Der Hauptschuldner wollte ja, daß dieser konstituiere und nicht fidejussiere. Er hatte die Wahl, entweder sich für die im Laufe der geschichtlichen Entwicklung dem reinen Zwecke der Sicherung immer mehr angepaßte fidejussio zu entscheiden oder durch constitutum vielleicht ein aliud oder in duriosem causam

---

creditori solvat, tum hujus fidejussor per compensationem qua uti noluerunt principales personae, haud est liberatus ... nam principalibus perinde licet abicere compensationem, ac pactum de non petendo vel alium liberandi modum. Dagegen Albericius Teil 2 S. 120 Anm. zu l. 4 D. 16, 2: Durch Zahlung könne das jus quaesitum, als welches sich die Aufrechnungsbefugnis des Bürgen aus dem Rechte des Hauptschuldners darstelle, nicht beseitigt werden; andere beriefen sich auch darauf, daß compensatio afficit creditum, etiam antequam opponatur, licet non perimat (absolute Th.); doch halte er seine Begründung für sicherer.

[1]) S. 59; gleicher Ansicht Bruns S. 100; wohl auch Mandry S. 477.

[2]) vgl. Hasenbalg S. 757 ff.: „Aus dem Verpflichtetsein des Hauptschuldners entnimmt der Konstituent nur die Veranlassung, sich mit einer im übrigen durchaus selbständigen Verbindlichkeit zu belasten ... es besteht keine andere innere Gemeinschaft zwischen der Hauptschuld und der Verbindlichkeit des Konstituenten als die, daß in ihr auch jene erfüllt wird."

[3]) Andererseits aus dem Umstande, daß der Konstituent durch Vorschützung gerade der Aufrechnungseinrede dem Gläubiger ja Befriedigung schaffen würde, ihm die Befugnis dazu abzuleiten, erscheint bei eben jenem losen Zusammenhange und selbständigem Nebeneinander beider Verbindlichkeiten gewagt.

[4]) Ein constitutum als negotium utiliter gestum dürfte schwer denkbar sein.

versprechen zu lassen. Zog er letzteres vor, wollte er dem Gläubiger mehr bieten als bloße Sicherung, nun warum sollte der Prätor ihn hindern? Der Prätor hindert ihn ja ebensowenig, auf seine Einreden zu verzichten oder überhaupt ganz allgemein seinen Vertragsgegnern größere Vorteile zu bieten, als ihnen nach der rechtlichen Natur des jeweils zugrunde liegenden Verhältnisses gebührt. Der Gesetzgeber muß für Rechtsbehelfe sorgen, die wirtschaftlichen Mindestbedürfnissen genügen — darum wurde die fidejussio geschaffen und jene Wirksamkeit des Rückgriffverhältnisses bei ihr anerkannt. Doch wenn einer seine besonderen Gründe hat, sich zu mehr zu verpflichten, als angemessen erscheint, so wird das Recht ihn grundsätzlich gewähren lassen müssen; aber er trägt allein die Gefahr und die Last des Zuviel. Diese Bürde vermögen nachträglich aus dem Normalen — das jener verschmähte — gezogene Billigkeitserwägungen ihm nicht abzunehmen. Das erfordert das Vertrauen auf das gegebene Wort, den Grundpfeiler des Verkehrslebens.

Dagegen ist bezüglich von vornherein gegebener Einredenbehaftung zu beachten, daß das Erfordernis eines Haupt-debitum bei einer nach honorarischem Rechte ungültigen Verbindlichkeit als nicht gewahrt angesehen wurde.[1]) Indes ist eine solche den Schuldcharakter zerstörende Wirkung, wie nur verzögerlichen Einreden im allgemeinen nicht,[2]) ebensowenig der exceptio compensationis zuzuerkennen trotz der weitgehenden Abschwächungen der Verbindlichkeit, welche die Römer schon an das Entstehen der Aufrechnungslage knüpften.

Demnach war die Aufrechnungseinrede des Hauptschuldners auf den Konstituenten nicht erstreckt, auch nicht auf den rückgriffberechtigten.

mandatum.

l. 9 § 3 D. de S. C. Maced. 14, 6 gibt die Regelung der Frage an: succurritur fidejussori quoque et mandatori . . . qui et ipsi mandati habent regressum . . . tunc enim, cum nullum regressum habeant, senatus consultum locum non habebit.

Dem rückgriffberechtigten Kreditmandanten ist demnach Aufrechnungsbefugnis zuzusprechen.[3]) [4])

---

[1]) vgl. l. 3 § 1 D. 13, 5: Si quis autem constituerit quod jure civili debebat, jure praetorio non debebat, id est per exceptionem . . . eum non teneri quia debita juribus non est pecunia quae constituta est.

[2]) Hasenbalg S. 778 ff.

[3]) vgl. l. 12 § 13 D. 17, 1; der gleichen Ansicht Girtanner S. 71 ff., 542; Mandry S. 477 unten; Gradenwitz S. 286.

[4]) In scheinbarem Widerspruch hierzu stehen die bestechenden Ausführungen von Geib S. 152: „Die Leistungspflicht des Mandators besteht durchaus unabhängig davon, ob eine Forderung des Mandatars aus seiner auftraggemäßen Geschäftsführung noch vorhanden oder auch nur zur Existenz gekommen ist. Solche Tatbestände würden, wofern durch dieselben dem Mandatar Schaden erwachsen ist,

III. Deutsches Recht.

Die ganze Natur und die Entwicklung, die das deutsche Recht genommen hat, ist wenig geeignet, dieses über die Frage dieser Arbeit zu Worte kommen zu lassen.

Zwar spielte die Bürgschaft im germanischen Rechtsleben, wo sie nicht auf vermögensrechtliche Schuldverhältnisse beschränkt und ihrerseits nicht vermögensrechtliches Schuldverhältnis blieb, sondern jedwede Verpflichtung, ob des privaten, ob des öffentlichen Rechtes zu sichern vermochte, gleichwie sie selbst die Rechtsnatur der im einzelnen Falle gesicherten Verpflichtung annahm, eine ungleich bedeutendere Rolle als in der griechisch-lateinischen Welt, und entsprechend gelangte auch das deutsche Bürgschaftsrecht zu hoher Blüte, freilich ohne Verschiedenheiten und Widersprüche zwischen den Rechten der einzelnen Stämme und Länder verhindern oder überwinden zu können. Aber demgegenüber ging unseren Altvordern die feine Durchbildung der Lehre ab, welche die zweite Seite unserer Aufgabe ausmacht, der Lehre von der Erfüllung der Verbindlichkeit. Und was insbesondere die Aufrechnung anbetrifft, so ist es klar, daß die verband- und gliederungslose Aufhäufung einer Vielheit von selbständigen geschlossenen Hauswirtschaften und die Spärlichkeit und die Bedeutungslosigkeit eines allgemeinen Tauschmittels, wie sie das mittelalterliche Wirtschaftsleben vor Humanismus und Rezeption kennzeichnen, kaum fähig war, gegenseitige gleichartige Verbindlichkeiten in einer hinreichend großen Anzahl von Einzelbeispielen entstehen zu lassen, daß daran ein ausgleichendes Rechtsinstitut enspreched der römischen compensatio hätte zur bewußten Ausgestaltung kommen und feste Regeln annehmen können.

So fehlen Nachrichten und Zeugnisse aus der Zeit germanischen Rechtes, die unserer Forschung einen Fingerzeig zu geben vermöchten.[1])

---

gerade geeignet sein, die Ersatzpflicht des Mandanten hervorzurufen: hic enim velut adfirmator fuit et suasor (l. 13 pr. D. 4, 4)". S. 176: „Die Schadensersatzpflicht des Kreditmandanten müßte sich gerade im Falle der Exzeptionsmäßigkeit der Hauptobligation in der Regel wirksam erweisen". So würde doch schließlich, wenn der Mandator wieder im Auftrage des Hauptschuldners eine so weitgehende Schadlosbürgschaft eingegangen ist, jene Mangelhaftigkeit der Hauptschuld oder, auf unsere Interessen beschränkt, ihre Einredebehaftung, die dem Hauptschuldner nach dem Willen des Gesetzes nutzen soll, zu seinem Schaden wirkungslos bleiben, da er im Innenverhältnis für die Auslagen des Bürgen einstehen muß. Es ist indes für so besonders geartete Fälle zu bedenken, daß der Hauptschuldner sich der Vorteile seiner Rechtsstellung selbstwillig begeben und daß ein solcher Verzicht auch durch konkludente Handlung, und zwar schon bei Eingehung der Bürgschaftsverbindlichkeit, ausgedrückt werden kann.

[1]) Die Urkunde bei Niesert, Beitr. zu einem Münsterischen Urkundenbuche 1823 Bd. 1 Abt. 2 S. 387, anno 1306, die Stobbe, Vertrag S. 125 in diesem Zusammenhange aufführt, ist unverwertbar, einmal weil ihre negative Fassung keinen sichern positiven Schluß gestattet, und zweitens weil der dort geschilderte Tatbestand mit seinen ganz ungleichartigen Gegenforderungen der Verpflichtung,

Immerhin findet sich in der Literatur ein Versuch, soweit ich sehe, als einziger,[1]) aus den Grundgedanken und dem Geiste der deutschen Rechtsanschauungen die Lösung der Frage zu ermitteln.

Platner S. 161 ff. führt zwei Gründe dafür an, daß der Bürge nicht berechtigt gewesen sein könne, aus dem Rechte des „Hauptsachers" gegen den Gläubiger aufzurechnen. Sein erster Einwand knüpft an die Tatsache an, daß bei der „echten" Bürgschaft — das germanische Recht kannte, hier diese, dort jene bevorzugend, eine Reihe Spielarten der Bürgschaft, deren Erläuterung zu weit führen würde — der Bürge in subsidium verpflichtet war, dies aber nicht im Sinne des römischen beneficium excussionis, sondern lediglich mit der Bedeutung, daß der Gläubiger den Hauptschuldner vorher „ansprechen" mußte, sich an den Bürgen jedoch schon dann halten durfte, wenn vom Hauptschuldner — sei es daß dieser nicht zahlen konnte oder nicht zahlen wollte — Befriedigung nicht leicht zu erlangen war.[2]) Diese Voraussetzung faßt Platner nun negativ, indem er formuliert, auf die Zahlungsfähigkeit des Hauptschuldners komme es nicht an. Da nun, so folgert er hieraus, „die Kompensation von seiten des Bürgen im Grunde kein anderer Einwand ist, als daß der Hauptschuldner zahlungsfähig ist" (!), braucht sich der Gläubiger diesen Hinweis nicht gefallen zu lassen. Dieser Trugschluß wird durch die einfache Erwägung offenbar, daß der aufrechnende Gläubiger nicht nur leicht, sondern auf die leichteste Weise von der Welt seine Befriedigung durch den Hauptschuldner durchsetzt.

Als zweiten Gegengrund führt Platner ins Feld, daß das germanische Recht die Widerklage verbietet (Sachsenspiegel III, 12, 1).[3]) Dieser Einwand erklärt im Ende die prozessuale Aufrechnung schlechthin für unzulässig, und gegen diese Annahme bestehen doch gerade vom Standpunkte des germanischen Rechts erhebliche Bedenken. Das germanische Recht, das Recht des Seins,[4]) wendet sein Hauptaugenmerk der zweckentsprechenden Regelung des schließlichen praktischen Effektes zu und legt weniger Gewicht auf ebenmäßige elegante Herleitung des Schlußergebnisses, anders als das römische Recht, das Recht des Werdens,[4]) das seine Freude daran hat, den Enderfolg aus einer fortlaufenden, ohne Schieben und Drängen sich aus sich selbst entwickelnden Kette vorwärtsschreitender, eins ins andere greifender Momente entstehen zu sehen. Darum war es für den römischen Juristen

---

eine Burg herauszugeben, auf der einen, einer Geldschuld auf der anderen Seite — dieser die Aufrechnung behandelnden Arbeit zu fern liegt. Gegen das Heranziehen dieser Stelle auch Platner S. 161 Anm. 2.

[1]) Meist wird die Frage mit Stillschweigen übergangen. Müller S. 345 verweist auf das römische Recht als die ratio scripta.

[2]) Stobbe, PrivR. § 191 S. 307.

[3]) Svelk man uppe'n anderen klaget, unde jene wede up ine, die erst klaget, die ne hevet dem anderen nicht to antwerdene, he ne si aller erst von ime ledich.

[4]) Darum hat das deutsche Recht seine höchste Vollendung im Rechte der Sachen, das römische in dem der Schuldverhältnisse erreicht.

so schwer, ein anderes Vollzugsgeschäft als das zweiseitige pactum für die compensatio zu ersinnen, dort von nun an ein nihil zu sehen, wo er vordem duo juris vincula geschaut hatte. Und die Lösung des Problemes gelang dem Römer nie, bis er schließlich sehr, sehr spät in der Entwicklung seines Rechtes den gordischen Knoten zerhieb und sich an die richterliche Allmacht wandte, die alles an sich zieht und umschafft. Umgekehrt will es scheinen, der Germane, dem das Verständnis für den feinen Unterschied ipso jure und ope exceptionis wirkender Ungültigkeitsgründe abging, habe da stets ein Nichts gesehen, wo nichts zu erwarten war; ihm sei der nicht als Schuldner vorgekommen, der von seinem Gläubiger ein Gleiches zu fordern hatte; für ihn hätten die beiden Forderungen mit ihrem Gegenübertreten einander aufgehoben und getilgt — womit die halbtausendjährige festgewurzelte Herrschaft der absoluten Theorie in deutschen Landen nach einer neuen Seite hin aufgeklärt würde. So erschiene die prozessuale Geltendmachung der Aufrechnungslage nicht als eine neue Ansprüche erhebende Widerklage, sondern als rechtsaufhebendes Parteivorbringen. Wird zudem Liquidität gefordert, so wäre auch der Prozeßverschleppung vorgebeugt, und die prozessuale Aufrechnung erschiene gänzlich dem Verbote von Sachsenspiegel III, 12, 1 entrückt.

Ist dem aber so, dann muß die Aufrechnungslage zwischen Gläubiger und „Hauptsacher" auch zugunsten des Bürgen wirken, schon deshalb, weil seine Verpflichtung nicht auf mehr gehen kann als die Hauptverbindlichkeit und diese betreffende rechtsaufhebende Tatsachen ihn deshalb befreien. Und dieses Ergebnis wird noch wahrscheinlicher gemacht durch einen starken Schluß a majori: Wird dem Bürgen, den sein „Sachwalter" im Stiche läßt, doch sogar der Zugriff auf dessen Sachvermögen zur Befriedigung des Gläubigers und vor dieser verstattet.[1]) Wieviel eher wird ihm die Verwertung aufrechenbarer Gegenforderungen zugestanden worden sein.

IV. Gemeines Recht.

Nach dem im vorigen Abschnitte Gesagten traf die Rezeption keine fertige Entscheidung des germanischen Rechtes über unsere Frage an, ja vielleicht war diese Frage im deutschen Rechtsleben noch nie praktisch ge-

[1]) Platner S. 92f., 170; Böhmer S. 330, anno 1330: ... Conradus de Heldeberg et Waltherus zu Lewenstein ... petierunt sibi de curia et bonis seu agris Volperti ... qui eosdem pro quadam summa pecunie fidejussores obligaverat et exsolvere ab hujusmodi fidejussione non curavit, fieri justicie complementum. Nos ... omnibus, que secundum jus et approbatam consuetudinem tere facienda fuerant, legitime observatis, predictis civibus de prefatis bonis ... Volperti ... unum mansum ... adjudicavimus et ipsis assignavimus possessionem eorundem pro solutione debiti.

worden. So kann es nicht wundernehmen, daß das gemeine Recht über die Aufrechnungsbefugnis des Bürgen stets römische Gesichtspunkte vertrat, und zwar ist dies um so erklärlicher, als das gemeine Aufrechnungsrecht römisch war und auch die Bürgschaft in deutschen Landen mehr und mehr ihre reichen germanischen Eigentümlichkeiten ablegte und das Gewand der fidejussio antat.

Indes ist das gemeine Recht in der Beurteilung unseres Falles nicht so sicher und einmütig, wie die klare Sprache von l. 4 l. 5 D. 16, 2[1]) annehmen ließe. Hält auch die weitaus herrschende Meinung[2]) an der Anschauung fest, daß jeder Bürge mit Gegenforderungen des Hauptschuldners aufzurechnen befugt sei, so bringen doch andere Stimmen den angezogenen Stellen im Hinblicke auf ihre allgemeine Fassung Mißtrauen entgegen und wollen, so wie die anderen Einreden, auch die exceptio compensationis nur dem rückgriffberechtigten fidejussor zubilligen.[3]) Ja selbst Waldner S. 62 ff., der sich sonst zum Akzessionsprinzipe bekennt, vermag sich das Recht des Bürgen, „in fremdes Vermögen einen Griff zu tun und ein Stück davon loszuschlagen", nicht anders vorzustellen, als wenn der Bürge auf ein solches Stück Anspruch besitzt, d. i. rückgriffberechtigt ist.

Nach Kohler,[4]) der a. a. O. doch wohl de lege lata und nicht oder nicht nur de lege ferenda spricht, ist die Aufrechnung des Bürgen nur dann sachgemäß, wenn sie mit Genehmigung des Hauptschuldners erfolgt. Auf Rechtsquellen wird nicht verwiesen, sondern nur l. 4 l. 5 D. 16,2 durch Interpolation erklärt. Mag dies jedoch die historische Zuverlässigkeit der genannten Fragmente erschüttern, für das gemeine Recht gilt doch die justinianische Gestaltung des römischen Rechtsstoffes.

Es sei übrigens darauf hingewiesen, daß die Normierung der Bürgschaft, wie sie Justinian getroffen hatte, oder wie sie wenigstens von vielen verstanden wurde, geeignet war, die Aufrechnungsbefugnis des Bürgen zurücktreten zu lassen. Hat der Bürge nämlich nicht etwa auf das beneficium excussionis verzichtet, so ist seine Haftung durch eben dieses als rein subsidiär gekennzeichnet. Deshalb soll er — soweit nicht schon das

---

[1]) vgl. oben S. 1 ff.

[2]) Unmittelbar von der Aufrechnungseinrede handelnd: Glück § 933 S. 99; Sintenis § 104 S. 430 Anm. 23; Dernburg, Kompensation S. 458 ff., bes. 460 (mit recht anfechtbarer Begründung); Mitteis S. 143 Anm. 1 Abs. 5 und S. 155 zu Anm. 2; dazu die allgemeinen Anhänger des Akzessionsprinzipes, vgl. oben S. 8 Anm. 3. Aus dem älteren gemeinen Rechte ist die überschwengliche Erklärung bei Mevius Teil 1 Entscheidung 117 erwähnenswert: . . . quodammodo pro una habentur persona reus principalis et fidejussor. Quo circa sicut aliae exceptiones ex persona vel pactis rei competunt fidejussori, ita et compensationis exceptio ob id quod reo vicissim a creditore debetur. Eadem ratio est ejus quod debetur heredi rei principalis, cujus est eadem persona cum defuncto. Vgl. auch die „Identitätstheorie" Bekkers oben S. 9 Anm. 2.

[3]) Krug S. 158 ff.; ähnlich Geib S. 115 ff.

[4]) Zeitschr. XX S. 4 ff.

bloße Vorschützen jener Rechtswohltat genügt, um den nun beweispflichtigen Gläubiger zur Abweisung zu bringen — einwenden können: „Da der Gläubiger eine kompensable Gegenforderung hat, so ist er in Höhe dieser für seine Forderung vollständig gedeckt: er braucht nur zu wollen, so hat er zu diesem Betrage, was er zu fordern hat".[1][2])

Bezüglich nachträglicher Beseitigung der Aufrechnungslage bilt das im römischrechtlichen Teile Gesagte.[3])

V. Bürgerliches Gesetzbuch.

Während wir im römischen bezw. gemeinen Rechte die Grundsätze über das Verhältnis des Bürgen zu einer Aufrechnungslage zwischen Gläubiger und Hauptschuldner aus der Stellung des Bürgen zu den exceptiones des Hauptschuldners ableiten konnten, aus dem Grunde nämlich, weil der Aufrechnungsvollzug im alten Rechte selbst als exceptio gestaltet war, so fällt für das Bürgerliche Gesetzbuch, das den Aufrechnungsvollzug auf eigene Füße gestellt und aus der Unterordnung unter den Begriff der Einrede gelöst hat, die Möglichkeit zu demselben Schlusse fort.

„Die Kompensationslage erzeugt keine Einrede im materiellen Sinne,"[4]) erkären die Motive S. 107 in Entscheid des Streites, den rechtsgeschäftliche und prozessuale Theorie zur Zeit der Vorarbeiten zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit aller Heftigkeit gegeneinander führten, und zu dem das Gesetzbuch notwendig Stellung nehmen mußte. Und die 2. Lesung hat an dieser Auffassung festgehalten,[5]) die so in § 388 Satz 1 ihren Ausdruck nach der positiven Seite hin gefunden hat.

Gleichwohl findet sich in der Literatur vereinzelt und im Wider-

---

[1]) Eisele S. 301, der aus der Befugnis des Bürgen zu einem solchen Verfahren fast seine Verpflichtung dazu bezw. die Verpflichtung des Richters, das Vorbringen des Bürgen in diesem Sinne aufzufassen, abzuleiten scheint. Etwas anders denkt sich wohl Mitteis S. 143 Anm. 1, S. 155 Anm. 2 die Sache: ihm scheint der Hauptschuldner so lange nicht frustra excussus zu sein, als der Bürge auf eine gegen den Gläubiger bestehende Gegenforderung als Wert im Vermögen des Hauptschuldners hinweisen kann, die nun jener zu pfänden und nach den Grundsätzen über das Pfändungspfandrecht zu verwerten hätte.

[2]) Gegen derartige Folgerungen aus der Einrede der Vorausklage — allerdings zunächst nur vom 1. Entw. handelnd, aber unmittelbar auf das gemeine Recht übertragbar: Kohler, Zeitschr. XX S. 74 Zusatz und Leonhard, Aufrechnung S. 146: mit dieser Rechtswohltat könne nur verlangt werden, daß der Gläubiger sich beim Schuldner Zahlung, nicht daß er sich andersartige Befriedigung hole.

[3]) vgl. oben S. 20, insbesondere Anm. 2.

[4]) Prozessualisch bleibt indes die Geltendmachung der Aufrechnungslage im Prozesse Einrede.

[5]) vgl. die Anführungen aus den Prot. unten S. 29.

spruche zu jener weitaus herrschenden Meinung die Ansicht ausgesprochen, in der Aufrechnung stecke eine Einrede.[1])

Von einer erschöpfenden Erwiderung darauf kann indes im Rahmen dieser Arbeit Abstand genommen werden, da auch diese abweichenden Stimmen gegenüber der ausdrücklichen Scheidung und unterschiedlichen Normierung von Aufrechnung und Einrede in §§ 770 II, 768[2]) nicht beanspruchen, im Bürgschaftsrechte, auf das es uns ankommt, die für die Einreden in § 768 getroffene Regelung auf die Aufrechnungsbefugnis übertragen zu dürfen.[3])

Es bedarf demnach im Gebäude des Bürgerlichen Gesetzbuchs eines besonderen, auf die Aufrechnung ausdrücklich Bezug nehmenden Rechtssatzes in jeder diese betreffenden Frage, und es geht nicht an, was für die Aufrechnung gelten mag, durch Rückschluß von der für das Rechtsinstitut der Einrede im einzelnen Falle gegebenen Normierung auszumitteln.

Ein solcher besonderer Rechtssatz fehlte dem 1. Entw. über die Frage, ob dem Bürgen eine Aufrechnungsmöglichkeit des Hauptschuldners dem Gläubiger gegenüber zugute kommt.

Damit war dem Bürgen die compensatio ex jure debitoris entzogen.

Die Motive betonen dies auch ausdrücklich als Absicht der Verfasser (S. 663): „Wenn der Hauptschuldner eine Einwendung gegen die Forderung durch einen Willensakt zu erzeugen in der Lage ist, wie bei . . der Kompensation, so ist der Bürge weder befugt, jenen Willensakt an Stelle des Schuldners vorzunehmen, noch sich auf . . . die Kompensabilität vor Abgabe der entscheidenden Erklärung des Schuldners zu berufen. Dies ergibt sich unmittelbar aus den einschlägigen Vorschriften (§§ . . . 281, 282)."[4])

---

[1]) Außer den in Anm. 3 Genannten insbesondere Hellmann S. 120; Bucerius S. 122, 142.

[2]) § 768:

> Der Bürge kann die dem Hauptschuldner zustehenden Einreden geltend machen. Stirbt der Hauptschuldner, so kann sich der Bürge nicht darauf berufen, daß der Erbe für die Verbindlichkeit nur beschränkt haftet.
>
> Der Bürge verliert eine Einrede nicht dadurch, daß der Hauptschuldner auf sie verzichtet.

§ 770:

> Der Bürge kann die Befriedigung des Gläubigers verweigern, solange dem Hauptschuldner das Recht zusteht, das seiner Verbindlichkeit zugrunde liegende Rechtsgeschäft anzufechten.
>
> Die gleiche Befugnis hat der Bürge, solange sich der Gläubiger durch Aufrechnung gegen eine fällige Forderung des Hauptschuldners befriedigen kann.

[3]) Selbst Lippmann (J. J. 43 S. 556), der im übrigen die Gründe für seine Theorie gerade im Bürgschaftsrechte sucht und auch gerade für dieses die Folgerungen daraus zieht, kann sich dieser Erkenntnis von der Unzulässigkeit ausdehnender Auslegung von § 768 nicht verschließen. Das gleiche Zugeständnis bei Endemann 6. Aufl. 1891 § 191 S. 864 Anm. 6.

[4]) Im BGB. entsprechen die §§ 387, 388.

Die zweite Lesung stellte sich auf einen andern Standpunkt, nicht in der theoretischen, konstruktionellen Betrachtung der Aufrechnung, sondern indem sie im Gegenteil meinte, „theoretische, konstruktionelle Änderungen des Aufrechnungsrechtes“ — wie sie die erste Lesung gegenüber dem bisherigen Rechte durch Annahme der rechtsgeschäftlichen Auffassung eingeführt hatte — „sollten nicht zu einer Änderung des materiellen Rechtes führen“,[1] und brachte den jetzigen § 770 II in das Gesetzbuch, gegen den Widerspruch insbesondere Kohlers,[2] auf dessen Seite sich auch in der 2. Kommission viele stellten,[3] und zu seinem heftigsten Grolle.[4]

Nach § 770 II hat der Bürge, und zwar auch der selbstschuldnerische,[5] ein Leistungsverweigerungsrecht, solange der Gläubiger sich durch Aufrechnung gegenüber dem Hauptschuldner befriedigen kann.[6]

Damit hat die zweite Lesung die von der 1. Kommission vollzogene Abschaffung der seitherigen Aufrechnungsbefugnis des Bürgen gebilligt und nur ihrerseits auf dem freigelegten Grunde ein neues, eigenes Gebäude errichtet, dem unsere ferneren Untersuchungen gewidmet sein sollen.

§ 770 II gehört zu den bestrittensten Vorschriften.[7]

Es kann fraglich sein, wie der Bürge gestellt ist, wenn nicht der Gläubiger, sondern nur der Hauptschuldner aufzurechnen befugt ist.[8]

---

[1] Prot. S. 2518.

[2] Zeitschr. XX S. 74 Zusatz.

[3] vgl. Prot. S. 2517: „Der Gläubiger könne prinzipiell Zahlung verlangen . . . Die Behauptung, der Gläubiger (welcher trotz Möglichkeit der Aufrechnung den Bürgen belangt) handle arglistig, laufe auf eine Fiktion der Arglist hinaus.“

[4] Zeitschr. XXIV S. 12 ff.

[5] Unbestritten; vgl. auch Prot. S 2519; Planck Anm. 7 zu § 770 S. 833.

[6] Das Leistungsverweigerungsrecht analog dem römischen Rückgriffprinzip von dem Bestehen eines Rückgriffverhältnisses zwischen Bürgen und Hauptschuldner abhängig zu machen, hätte keinen Sinn gehabt, da § 774 dem Bürgen allgemein Rückgriffrecht verleiht.

[7] Unzweifelhaft ist, daß das Leistungsverweigerungsrecht auch dann besteht, wenn die verbürgte Forderung größer ist als die seitens des Gläubigers aufrechenbare Gegenforderung des Hauptschuldners, dann aber selbstverständlich nur in Höhe der letzteren. Läßt doch § 389 im Gegensatz zu § 266 allgemein Teilbefriedigung durch Aufrechnung zu. Entsprechend muß auch dem „befriedigen“ des § 770 II eine quantitativ teilweise Befriedigung genügen. Ebenso Planck Anm. 5 b zu § 770 S. 833; Friedensburg S. 10; Mantey S. 546.

[8] Folgende Forderungen können nur von einem Teile aufgerechnet werden, und zwar nur a) vom Forderungsberechtigten (Werterhöhung der Forderung; s. Rud. Leonhard, Artikel compensatio in Pauly-Wissowa S. 784): Forderungen aus vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlungen (§ 393); unpfändbare Forderungen (§ 394); Forderungen der Aktiengesellschaft (§ 221 HGB.); der Reederei (Folgerung aus § 503 HGB.); der Genossenschaft (§ 22 GenG.): der Gesellschaft m. b. H. (§ 19 Gesellsch. m. b. H.-G.); der Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit (§ 26 VersG.), auf die Kapitaleinlage; b) vom Leistungsverpflichteten (Wertverminderung der Forderung): einredebehaftete Forderungen (§ 390);

Bald nach dem Inkrafttreten des Gesetzbuches fand sich eine Meinung, welche den Bürgen in diesem Falle nach Analogie von § 768 I Satz 1 die Aufrechnung selbst vollziehen lassen wollte, so Cosack[1]) und Oertmann.[2]) Sie sind ohne Gefolge geblieben, auch das Reichsgericht[3]) hat jene Ansicht abgelehnt, und beide haben inzwischen auch selbst ihren Irrtum erkannt und, erst Cosack,[4]) dann Oertmann,[5]) widerrufen.

Aber hat nicht der Bürge, wenn ihm auch der Aufrechnungsvollzug im Namen des Hauptschuldners verwehrt ist, wenigstens die verzögerliche Einrede des § 770 II auch für den Fall, daß nicht der Gläubiger, sondern nur der Hauptschuldner aufzurechnen befugt ist?

Im Wortlaut des angezogenen Paragraphen findet sich dafür keine Andeutung. Dagegen scheinen die Protokolle dem zuzuneigen: sie fassen zwar hauptsächlich die Aufrechenbarkeit seitens des Gläubigers ins Auge,[6]) betonen aber andererseits, und gerade in der Anführung der Gründe, die für die Mehrheit entscheidend gewesen seien, die Aufrechenbarkeit seitens des Hauptschuldners.[7]) Eine weitverbreitete Meinung will jedenfalls die Einrede aus § 770 II dem Bürgen auch für diesen Fall zugestehen,[8]) teils in „analoger" Anwendung des Abs. 1 desselben Paragraphen[9]) — indes scheint gerade die Gegenüberstellung beider Absätze eher zu dem entgegen-

---

noch unfällige, aber bereits erfüllbare Forderungen (§ 387). Außer rein durch die Natur und das Wesen der einen von den beiden Forderungen kann die nur einseitige Vollziehbarkeit einer Aufrechnungslage nach §§ 396, 366 II, 367 auch begründet sein durch das Verhältnis der Forderungen zueinander; vgl. darüber unten S. 33 Anm. 2.

[1]) 1. Aufl. § 158 IV 2c S. 566.

[2]) 1. Aufl. Anm. 3 zu § 770 S. 497.

[3]) RG. 59 (1904) S. 210 ff.

[4]) Bereits 2. Aufl. § 158 IV 2c S. 572, jetzt (4. Aufl.) S. 584 ff.

[5]) 2. Aufl. Anm. 4 zu § 770 S. 844.

[6]) Nur von der Aufrechenbarkeit seitens des Gläubigers handelten sowohl die beiden in der zweiten Lesung zur Verhandlung gebrachten Anträge unter Nr. 3, als auch der schließlich angenommene Antrag unter Nr. 4; vgl. Prot. S. 2514.

[7]) Prot. S. 2518: Man will keine Änderung des bisherigen Rechts herbeiführen — in dem doch nur die Aufrechenbarkeit seitens des Hauptschuldners Berücksichtigung fand. S. 2519: Der Bürge „müsse alle Rechtsbehelfe haben, welche dem Hauptschuldner zugute kommen könnten . . . es sei daran festzuhalten, daß der Bürge sich nur auf ein Verhältnis berufen könne, welches auch der Hauptschuldner würde geltend machen können".

[8]) Oertmann Anm. 4 zu § 770 S. 844; Crome § 296 S. 879; Landsberg § 147 S. 504 ff.; Philler S. 253; Dernburg, BGB. II 2 § 287 S. 400 (anders, aber wohl nur der Kürze halber, II 1 § 126 S. 325); Engelmann § 138 S. 420 (anders § 91 S. 260); Neumann Anm. 2b zu § 202 S. 189, Anm. 2 zu § 768 S. 473, Anm. 3b zu § 1137 S. 740 (anders, aber wohl ungewollt Anm. I 2 zu § 1211 S. 818); Hellwig S. 21 oben; Bucerius S. 122; Friedenthal S. 65; Hölder, Archiv 93 S. 122; Lippmann, J. J. 43 S. 555, 556, 558, 559. Auch Enneccerus § 214 S. 520 (wohl nur versehentlich, denn anders § 325 S. 770); Eck-Leonhard § 96 S. 568 (wohl nur versehentlich, denn anders § 68 S. 365).

[9]) Oertmann a. a. O.; Crome a. a. O.

gesetzten Schlusse zu berechtigen; der Analogie steht auch entgegen, daß § 770 II in Nachbildung des beneficium excussionis[1]) geschaffen worden ist — teils in Rücksicht auf die Rechtsgeschichte[2]) — mit der aber die Normierung des Bürgerlichen Gesetzbuches, wie man sie auch auslegt, einen entschiedenen Bruch bedeutet —, teils wegen der „akzessorischen Qualität" der Bürgenverbindlichkeit,[3]) teils um das „höchst anstößige" Ergebnis zu vermeiden, „daß der Bürge schärfer haftet, wenn nur der Schuldner, als wenn nur der Gläubiger die Hauptschuld durch Aufrechnungserklärung vernichten kann, obwohl doch im ersteren Falle die Schuld offenbar stärker beeinträchtigt, weil vom Belieben des Gläubigers in ihrem Bestande unabhängig geworden ist".[4]) Dieser letzte Gesichtspunkt erblickt also in dem in § 770 II angeblich nur zunächst geregelten Falle ein argumentum a fortiori, von dem aus er durch einen Schluß a majori ad minus die behauptete Regelung des zweiten Falles gewinnt. Er läßt sich diesen Schluß nicht durch Hinweis auf den „klaren Wortlaut"[5]) der Gesetzesbestimmung verwehren, in dem immerhin nicht das Verbot zu liegen scheine, die sonst im Rechtssysteme lebendigen Rechtsgedanken zur sinngemäßen Anwendung zu bringen.[6])

So richtig uns nun diese letzte Erwägung zu sein dünkt, so wenig können wir den Vordersatz zu dem gezogenen Schlusse anerkennen. U. E. ist nämlich § 770 II zu weit gefaßt, meint gar nicht alle Fälle, in denen der Gläubiger aufzurechnen berechtigt ist, nämlich gerade die nicht, in denen dieser allein, nicht aber der Hauptschuldner dazu berechtigt ist, und die sich als das fortius, das majus gegenüber den Beispielen von Aufrechnungsmöglichkeit nur des Schuldners darstellen. Vielmehr greift § 770 II nur dann Platz, wenn beide Parteien die Aufrechnungslage geltend machen dürfen.[7])

Wir wollen uns zur Begründung dieser Ansicht nicht auf die Protokolle[8]) berufen, denen beide Aufrechnungsmöglichkeiten vorschweben, bald die des Gläubigers, bald die des Hauptschuldners — und im Zweifel ist doch anzunehmen, daß man sich nicht in grellen Widersprüchen bewegte, daß vielmehr beide Betrachtungsweisen vereinbar sein sollten und vereinbar waren, indem jede nur eine Seite einer beiden Möglichkeiten ausgesetzten Aufrechnungslage ins Auge faßte. Das BGB. selbst gibt uns genügenden

---

[1]) Prot. S. 2513 ff.

[2]) Crome a. a. O.; Lippmann a. a. O. S. 558.

[3]) Lippmann a. a. O. S. 557; dawider die Ausführungen unten S. 36 Anm. 2.

[4]) Oertmann a. a. O., dem Crome a. a. O. sich anschließt.

[5]) Dieser Einwurf bei Staudinger Anm. 1 b ε zu § 770 S. 715.

[6]) Oertmann a. a. O.

[7]) Ebenso, indes ohne eingehendere Begründung: Windscheid-Kipp I Zusatz zu § 349 S. 477 (vgl. auch Zusatz zu § 350 S. 492, zu § 477 S. 1088 f.) und Weismann S. 41 f.

[8]) s. oben S. 30 Anm. 7.

Anhalt. Man hat das Verweisungsrecht des Bürgen von der Fälligkeit der dem Hauptschuldner zustehenden, seitens des Gläubigers aufrechenbaren Gegenforderung abhängig gemacht. Darin liegt nicht eine unverständliche Folgewidrigkeit,[1]) wie diejenigen annehmen, welche alles auf das subjektive Vermögen des Gläubigers zum Aufrechnungsvollzuge abstellen. Denn wäre jene Ausnahme nicht vorgesehen, so wäre der Gläubiger gezwungen, um den Bürgen zu schonen, den Zwischenzins von der Aufrechnungssumme für die Zeit vom Aufrechnungsvollzuge bis zum Fälligkeitstermine der Gegenforderung aufzuopfern; die Minderwertigkeit[2]) der Gegenforderung, die in deren Unfälligkeit bezw. den an diese durch § 387 geknüpften Rechtsfolgen liegt, würde unbilligerweise unberücksichtigt bleiben.

Minderwertig bezüglich ihrer Aufrechenbarkeit ist aber auch die einredenbehaftete[3]) (§ 390) Forderung, und man wird ganz ebensowenig dem Gläubiger zumuten dürfen, seine vollwertige Forderung einzulösen gegen eine Gegenforderung des Hauptschuldners, die durch eine entgegenstehende Einrede, etwa die des nicht erfüllten Vertrages, zum wesenlosen Gebilde theoretischer Konstruktion entkräftet ist. Wenn diese Erwägung auch in der Fassung von § 770 II anscheinend ohne unmittelbare gesetzliche Formulierung geblieben ist, so hat sie sich, dank ihrer wirksamen Veranschaulichung durch die praktische Erheblichkeit der Frage, doch bereits — und zwar bisher widerspruchslos — Anerkennung[4]) verschafft. So scheint dieser Fall klarzustellen, daß jedenfalls die ängstlich wörtliche Auslegung von § 770 II abzulehnen ist.

Zu einem Zuviel würde der Gläubiger indes nicht bloß dann herangezogen, wenn er, wie in den beiden erörterten Tatbeständen, vollwertige eigene Forderungen gegen minderwertige ausgleichen würde, sondern auch, wenn man von ihm verlangen wollte, daß er überwertige eigene Forderungen ausgleiche gegen nur vollwertige Gegenforderungen des Hauptschuldners. Die Rechtsordnung hat gute Gründe, bestimmte Ansprüche von der allgemeinen Aufrechenbarkeit auszuschließen und ihnen gesteigerte Wirksamkeit zu verleihen. Sie hat mit diesem erhöhten Schutze beispielsweise die Forderung der Gesellschaft m. b. H. auf die Stammeinlage aus-

---

[1]) Friedensburg S. 5; Triebel S. 25.

[2]) Über die Wertabstufung der Forderung nach ihrer Aufrechenbarkeit wird auf die Ausführungen oben S. 29 Anm. 8 verwiesen.

[3]) Mit der Ausnahme von § 390 Satz 2; s. Breit S. 132.

[4]) Zuerst (zeitlich) bei Breit S. 131 f., dem sich aber allgemeine Gesichtspunkte aufdrängen (§ 770 II soll nur dann gegeben sein, „wenn der Gläubiger nicht nur zur Aufrechnung befugt ist, sondern wenn zugleich die Tilgung der Gegenforderung sich nach Auffassung des Gesetzes als eine der Realerfüllung gleichwertige Befriedigung darstellt, d. h. wenn der Gläubiger auch seinerseits mit der vom Hauptschuldner erklärten Aufrechnung sich zufrieden geben müßte"); dann Goldmann-Lilienthal § 210 Anm. 17 S. 816 mit strenger Beschränkung auf diesen Fall, neuerdings auch Planck II Anm. 5c zu § 770 S. 833, der die allgemeine Begründung Breits annimmt, ohne indes alle Folgerungen daraus zu ziehen.

gestattet, um so das Stammkapital der Gesellschaft gegen unsaubere Machenschaften der Gründer und Unternehmer sicherzustellen und dem Zugriffe der Gesellschaftsgläubiger zu erhalten. Doch sollen jene Zwecke in ihrem vollen Umfange erreicht werden, so muß das ihnen zuliebe geschaffene Sonderrecht auch für den bevorzugten Forderungen bestellte Bürgschaften gelten. Sonst könnte in dem ausgeführten Beispiele ein leistungsfähiger Bürge für die Entrichtung der Stammeinlage durch den zahlungsunfähigen Gesellschafter gutsagen, so die Vertrauenswürdigkeit der Gesellschaft außer Zweifel setzen und beim Zusammenbruche den Konkursverwalter darauf verweisen, daß dieser die Forderung auf die Stammeinlage ja aufrechnen könne gegen Gegenforderungen des Gesellschafters gegen die Gesellschaft. Damit wäre die Schutzvorschrift des § 19[1]) Gesellsch. m. b. H.-G. umgangen und der Unredlichkeit Tür und Tor geöffnet.

U. E. ist also durch das „fällig" in § 770 II nicht ein Sonderfall geregelt, sondern ein allgemeiner Grundsatz anerkannt, nämlich der, daß nur dann der Gläubiger den Bürgen unbehelligt lassen und zunächst in der Aufrechnung von Gegenforderungen des Hauptschuldners seine Befriedigung suchen muß, wenn die Aufrechnung ihm auch zuzumuten ist, wenn er dadurch nicht um wohlerworbene Rechtsvorteile gebracht wird. Und um solche würde er gebracht, wenn er — in bezug auf die Aufrechnung — vollwertige eigene Forderungen gegen minderwertige, oder überwertige eigene gegen nur vollwertige aufrechnen müßte, wenn ihm durch den leistungweigernden Bürgen mittelbar die Aufrechnung von Ansprüchen aufgezwungen würde, die ihm die Rechtsordnung als von niemand außer ihm selbst aufrechenbare Titel auf bar gegeben hat.

Man mag diesen Grundsatz in seiner Allgemeinheit sogar unmittelbar aus dem Wortlaute von § 770 II herauslesen, indem man, den Ausdruck „befriedigen" prägnant fassend, darunter eine der Sacherfüllung vollkommen gleichgesetzte Befriedigung verstehe. Denn trifft diese Gleichsetzung auch regelmäßig zu, so entfällt sie doch laut besonderer gesetzlicher Bestimmung für gewisse — und gerade die erörterten — Fälle, eben dadurch, daß der eine Teil nicht zur Annahme der von dem andern geltend gemachten Aufrechnung verbunden ist.[2])

---

[1]) § 19 II Gesellsch. m. b. H.-G.: Die Stammeinlagen dürfen den Gesellschaftern außer im Falle einer Herabsetzung des Stammkapitals weder erlassen noch gestundet werden. Eine Aufrechnung können die Gesellschafter nicht geltend machen.

[2]) Aus diesem Grunde versagt das Leistungsverweigerungsrecht des Bürgen, wenn bei mehreren Forderungen des Gläubigers die verbürgte nicht die nach § 396 in erster Linie befriedigungsbedürftigte ist, eine Einzelfolgerung, die sich auffallenderweise eher Bahn gebrochen hat als der allgemeine Satz des Haupttextes selbst. Vgl. Turnau-Förster Anm. zu § 1137 S. 628 f.; Breit S. 139; Planck II Anm. 5c. zu § 770 S. 833 — § 396 verschafft der gesetzlichen Tilgungsskala von §§ 366 II, 367 Geltung für die Aufrechnung durch die Bestimmung, daß zwar zunächst der Aufrechnende bestimmen könne, welche von den mehreren Forderungen des

Aufrechnungsgegners durch die erklärte Aufrechnung getilgt werden soll, daß aber der Aufrechnungsgegner durch unverzüglichen Widerspruch die Aufrechnung außerhalb der gesetzlichen Reihenfolge verhindern und die Tilgung seiner danach in erster Linie befriedigungsbedürftigen Forderung herbeiführen kann. Vermag also der Hauptschuldner nicht unmittelbar durch Aufrechnungserklärung die aufrechnungsmäßige Tilgung der verbürgten Forderung des Gläubigers durchzusetzen, wenn dieser noch eine nach §§ 396, 366 II, 367 der verbürgten vorangehende Forderung besitzt — und wenn die zweite Forderung, wie regelmäßig, fällig und ungesichert ist, geht sie voran —, so darf auch der § 770 II vorschützende Bürge nicht mittelbar den Gläubiger zu einer jenem Rangverhältnis zuwiderlaufenden Aufrechnung nötigen.

Es ist interessant, daß man zu demselben Ergebnisse auch auf anderem Wege gelangt. Schulz S. 274 hat zuerst — indes unter Verkennung der durch die Verschiedenheit der Dinge der Analogie gezogenen Schranken — darauf hingewiesen, daß bei mehreren Forderungen des Gläubigers § 772 II anwendbar ist. Nach § 772 II muß der Gläubiger, bevor er den Bürgen in Anspruch nimmt, sich aus ihm an beweglichen Sachen des Hauptschuldners zustehenden Pfand- und Zurückbehaltungsrechten zu befriedigen versuchen, falls die betreffende Sache aber schon für eine andere Forderung haftet, nur, wenn der den Nennbetrag dieser Forderung übersteigende Wert der Sache voll deckt. Dieser Satz, auf die Aufrechnungsbefugnis übertragen mit der Änderung, welche notwendig wird durch die Zulässigkeit der Aufrechnung quoad summam concurrentem (vgl. oben S. 29 Anm. 7), ergibt: Der Gläubiger kann vom Bürgen nur insoweit auf die Möglichkeit, sich durch Aufrechnung zu befriedigen, verwiesen werden, als die Gegenforderung des Hauptschuldners über den Nennbetrag der übrigen Forderungen des Gläubigers hinaus auch der verbürgten Befriedigungsmöglichkeit bietet. Dieser Norm steht nicht entgegen, daß unten S. 45 f. die Analogie von § 776 — nicht die des hier in Rede stehenden § 772 — abgelehnt wird mit der Begründung, wenn das Gesetz einem, der sich ausdrücklich Sicherheiten für seine Forderung ausbedingt, nun auch die Verpflichtung auferlegt, an diese Sicherheiten sich vor der Inanspruchnahme von Dritten zu halten, müsse es eine solche Verpflichtung noch lange nicht rücksichtlich einer eigenen Zielen zustrebenden und nur tatsächlich Sicherheit darbietenden Gegenforderung aufstellen. Hier aber ist das tertium comparationis ein anderes, nicht eine Verpflichtung, sondern ein Recht: das Recht des Gläubigers, Werte des Schuldners für seine Befriedigung in Beschlag zu behalten, andre Gläubiger von dem Zugriffe darauf auszuschließen. Dieses Recht beruht im Falle des § 772 II auf Rechtsgeschäft und kommt einer bestimmten Forderung des Gläubigers zugute, bei der Aufrechnungslage beruht es — zumeist — unmittelbar auf Gesetz und kommt allen Forderungen des Gläubigers zugute, bis es durch den Aufrechnungsvollzug einer bestimmten Forderung endgültig zugewandt wird. Diese Sicherungs- und Ausschließungsfunktion der Aufrechnungslage ist jedoch nicht immer so wirksam wie die Rechte von § 772 II, und insoweit ist jene Analogie nicht statthaft — das aber hat Schulz übersehen, so daß gerade die Folgerungen, auf die es ihm ankommt, irrig sind. Der Hauptschuldner vermag zwar grundsätzlich — und in den anderen Fällen geht dem Bürgen sein Leistungsverweigerungsrecht überhaupt ab — seinerseits aufzurechnen und so seine Gegenforderung dem Verfangensein mit den gesamten Forderungen des Gläubigers zu entreißen. Aber er kann hinwiederum gemäß § 396 seine, des Hauptschuldners Gegenforderung dann nicht — zugunsten der aufrechnungsmäßigen Tilgung der verbürgten — der Sicherung gerade der daneben bestehenden Forderungen des Gläubigers entfremden, wenn diese nach §§ 366 II, 367 in erster Linie befriedigungsbedürftig sind. Insoweit hat also die Sicherungs- und Ausschließungsfunktion der Aufrechnungsbefugnis Bestand, und insoweit gilt daher die Analogie von § 772 II. Es braucht sich mithin der Gläubiger auf eine ihm Befriedigungsmöglichkeit bietende Gegenforderung des Hauptschuldners nur in dem Umfange verweisen zu lassen, als

Es sei übrigens darauf hingewiesen, daß für § 129 III HGB.,[1]) dessen Fassung durchaus der von § 770 II entspricht und diesem Paragraphen zum Vorwurf gedient zu haben scheint, die Autorität von Staub[2]) unsere Auffassung vertritt.

§ 770 II ist also in dieser Frage nicht ausdehnend, wie die S. 30 Anm. 8 Genannten wollen, sondern im Gegenteil einengend auszulegen: Die Einrede aus diesem Paragraphen gilt nur, wenn die Aufrechnungslage sowohl vom Gläubiger als auch vom Hauptschuldner geltend gemacht werden kann.

Zu beiden Ansichten im Gegensatz steht die fast herrschende Anschauung,[3]) daß § 770 II so hinzunehmen sei, wie er auf den ersten Blick sich gibt.

Ist so geklärt, auf was für eine Aufrechnungsbefugnis der Bürge zu verweisen berechtigt ist, so ist der zweite Teil dieser Auseinandersetzungen über das heutige Recht der Frage zu widmen, wann, unter welchen Voraussetzungen der Bürge von jenem Verweisungsrechte Gebrauch zu machen vermag.

§ 770 II besagt, daß der Bürge die Zahlung verweigern darf, „solange" sich der Gläubiger durch Aufrechnung befriedigen kann.

Sollte mit diesem „solange" gemeint sein, daß der Bürge der Einrede verlustig geht, wenn irgendwie und gleichgültig auf welche Weise die Voraussetzungen dafür entfallen? Der Bürge könnte durch einen Wink des Gläubigers — etwa durch Verzicht auf Aufrechnungsbefugnis — oder des Hauptschuldners — etwa durch den gleichen Verzicht — aus dem

---

jene Befriedigungsmöglichkeit den Nennbetrag der vor der verbürgten befriedigungsbedürftigen anderen Forderungen überschreitet.

[1]) § 129 HGB. Abs. 2: Der Gesellschafter kann die Befriedigung des Gläubigers verweigern, solange der Gesellschaft das Recht zusteht, das ihrer Verbindlichkeit zugrundeliegende Rechtsgeschäft anzufechten. Abs. 3: Die gleiche Befugnis hat der Gesellschafter, solange sich der Gläubiger durch Aufrechnung gegen eine fällige Forderung der Gesellschaft befriedigen kann.

[2]) Anm. 10 zu § 129 S. 493: „Es wird dabei als selbstverständlich vorausgesetzt, daß die Gesellschaft gemäß Abs 1 ein Aufrechnungsrecht hat. Nur der Hinweis auf dieses ist der Rechtsgrund des dem Einzelgesellschafter zustehenden Verweisungsrechtes. Man wollte das Aufrechnungsrecht des Gesellschafters beschränken, nicht ihm ein höheres Aufrechnungsrecht geben als der Gesellschaft".

[3]) Cosack § 158 IV 2c S. 584 f.; Staudinger Anm. 1b bes. ε zu § 770 S. 715; Endemann § 145 S. 828 Anm 6, § 191 S. 1196; Kohler II 1 § 154 S. 416; Schollmeyer S. 173; Schollmeyer, Komm. Anm. 2 zu § 389 S. 338; Matthiaß § 131 S. 643 f.; Müller-Meikel § 178 S. 618; Fischer-Henle Anm. 3 zu § 770; Siber S. 130, 138; Kohler, Zeitschr. XXIV S. 12; Langheineken S. 134; Schulz S. 270 f.; Friedensburg S. 4 f.; Triebel S. 24 f.; auch Eck-Leonhard § 68 S. 365 (vgl. indes das oben S. 30 Anm. 8 Gesagte) und Enneccerus § 325 II S. 770 (vgl. indes das oben S. 30 Anm. 8 Gesagte). Auch Planck § 770 Anm. 5c S. 833 und Goldmann-Lilienthal § 210 S. 815 f., § 112 S. 424 Anm. 3, die indes Neigung zu kritischer Betrachtung zeigen (vgl. oben S. 32 Anm. 4, S. 33 Anm. 2), sind dieser Gruppe zuzurechnen.

Sattel gehoben werden, sein Recht wäre „vollkommen dem Zufall preisgegeben“,[1]) ja schlimmer, von dem guten Willen sogar von zwei Außenstehenden abhängig, von denen noch der eine, der Gläubiger, in des Bürgen Nachteil notwendig seinen Vorteil sehen muß? Und das neben dem beständigen Hinweis des Gesetzbuchs auf die „guten Sitten“, neben der nachdrücklichen Betonung von „Treu und Glauben“ als des alles beherrschenden Gesichtspunktes.

Gleichwohl nimmt die herrschende Meinung[2]) solches an, freilich ohne sich den Widrigkeiten dieser Auffassung zu verschließen.[3])

---

[1]) Kohler, Zeitschr. XXIV S. 15.

[2]) Ganz abseits und vereinzelt steht Lippmann, J. J. 43 S. 435 ff. Zwei der allgemeinen Meinung zuwiderlaufende Ansichten mischen sich in seiner Theorie und verleihen ihr ein eigenartiges Gepräge. Einmal die Ansicht, im Aufrechnungsrechte stecke eine Einrede (S. 557), ein jus retinendi ex compensatione, ein minus im Vergleich zum Aufrechnungsvollzuge (S. 546, 550, 557), ein Gegenrecht genau von dem Inhalte und der Wirksamkeit wie die in § 770 II dem Bürgen verliehene Befugnis — und mit dieser Ansicht sind nach dem oben S. 28 Gesagten die Ausführungen des Textes immerhin verträglich. Um so entschiedener muß der zweiten Ansicht entgegengetreten werden. Diese nimmt die „akzessorische Natur der Bürgenverbindlichkeit“ (S. 557) in abstracto und ohne deren Inhalt im einzelnen zu bestimmen, zum leitenden Gesichtspunkte, ein Verfahren, wie es bereits oben S. 12 f. bekämpft worden ist. Für Lippmann ist diese „akzessorische Qualität“ ein „Kardinalsatz“, den er zwar in seinen einzelnen angeblichen Funktionen aus dem positiven Rechte nicht herzuleiten vermag, der aber „als im Wesen der Bürgschaft begründet in Geltung bleiben muß“ (S. 552). Dieses Akzessionsverhältnis äußert sich nun nach Lippmann dahin, daß es der Bürgenverbindlichkeit „objektiven Bestand“ verleiht (S. 548) und die Schwächung, welche die Hauptverbindlichkeit durch die entgenstehende Gegenforderung erleidet, dem Bürgen endgültig als eigenes Recht (S. 557) zugute kommen läßt. So wenigstens mag Lippmanns Gedankengang sein, den er nirgends in bündiger Form durchführt, dessen Thesen vielmehr hier und da zerstreut sind. Im einzelnen formuliert Lippmann: Der Einwand des Bürgen aus § 770 II hat den Sinn, „daß es mit seiner des Bürgen formell zwar selbständigen, materiell aber akzessorischen Verpflichtung zu Ende sei“ (S. 557). Und zwar bildet dieser Einwand „keine verzögerliche Einrede im gewöhnliche Sinne. Dem Gläubiger beweist sie, daß materiell seine Befriedigung schon eingetreten ist und nur noch des formellen Abschlusses harrt. Der Bürge aber ist an diesem Nachspiel nicht mehr beteiligt“ (S. 552 Anm. 221). Die Einrede aus § 770 wirkt also „erlöschend für die Bürgschaftsobligation“ (S. 552). „Die Fassung ‚so lange‘ bezieht sich daher nicht auf die Wirkung der geltend gemachten Einrede, sondern vielmehr auf die Voraussetzung ihrer Geltendmachung“ (S. 553). Es mag hier unterbleiben, im einzelnen diesen Ausführungen entgegenzutreten, deren Kühnheit die Grenzen nüchterner Gesetzesauslegung so augenfällig mißachtet. Nur auf eine Folgewidrigkeit oder doch Willkürlichkeit sei hingewiesen. Besteht ein Akzessionsverhältnis, wie es Lippmann will, so muß die Schwächung, welche die obligatio principalis durch ihre Aufrechenbarkeit erleidet, doch wohl schon vom Augenblicke des Entstehens der Gegenforderung an ihre befreiende Wirkung für den Bürgen äußern. Warum soll gerade bis zu dem Zeitpunkte, da es dem Bürgen durch die Klage des Gläubigers möglich wird, § 770 II vorzuschützen, seine Haftbarkeit bestehen und nach Maßgabe des „so lange“ auch praktisch werden können? Danach könnte der Gläubiger dem Bürgen ja keinen größeren Gefallen tun als ihn zu verklagen! Ein eigenes Verhängnis will übrigens, daß

Es seien im folgenden, anschließend an die zumeist kasuistische Behandlung der Frage in der Literatur, die verschiedenen Möglichkeiten[1]) angegeben, wie die Voraussetzungen von § 770 II zum Nachteil des Bürgen beseitigt werden können, und bei jeder einzelnen die Stimmen namhaft gemacht, die für bedingungslose Haftung des Bürgen eintreten.

I. Rechtsgeschäft nur des Gläubigers: Verzicht[2]) auf Aufrechnungsbefugnis — keine Literatur in dem erwähnten Sinne.

II. Rechtsgeschäft nur des Hauptschuldners: Windscheid-Kipp II Zusatz zu § 477 S. 1088 unten.

III. Rechtsgeschäft zwischen beiden:

1. Stundung (= Beseitigung der Fälligkeit) durch den Hauptschuldner Kohler II, 1 § 154 S. 416: „Aufschub gegen Verzinsung".

2. Erlaß durch den Hauptschuldner: Kohler, Zeitschr. XXIV S. 14; Eck-Leonhard § 68 S. 365 ff.; Endemann § 145 S. 828 Anm. 6; Schollmeyer S. 173; Friedensburg S. 15 ff.; Schulz S. 272.

3. Vertragsmäßige Befriedigung (also regelmäßig Erfüllung, nie Hinterlegung und Aufrechnung[3]) Kohler, II 1 § 154 S. 416, Zeitschr. XXIV S. 14; Schollmeyer S. 173; Lippmann, J. J. 43 S. 553: „bona fide-Zahlung".

Ganz allgemein lassen Planck II Anm. 5a zu § 770 S. 833 und Mantey S. 548, anscheinend in Übereinstimmung mit einer die grundsätzliche Stellungnahme indes möglichst vermeidenden Reichtsgerichtsentscheidung,[4]) das Leistungsverweigerungsrecht des Bürgen aufhören, wenn die Aufrechnungsbefugnis des Gläubigers aus irgend einem Grunde erlischt. Viel minder allgemein versagt Fischer-Henle Anm. 3 zu

---

zur Zeit der Vorarbeiten zum BGB. Lippmann gegenüber dem bürgenfeindlichen 1. Entw. nachdrücklich für die Aufnahme einer Bestimmung, wie sie tatsächlich im § 770 II geschaffen wurde, eingetreten war mit der Begründung (J. J. 32 S. 226 ff.), die Subsidiarität der Bürgenverbindlichkeit — die er heute als Grundgedanken des § 770 II ausdrücklich und mit entschiedenstem Betonen der Akzessorität als des maßgebenden Prinzipes verwirft (J. J. 43 S. 552) — verlange, daß der Bürge — den er heute durch den Einwand aus § 770 II endgültig befreit wissen will — sich gegen die Klage des aufrechnungsberechtigten Gläubigers dilatorisch wehren dürfe.

[3]) Kohler, Zeitschr. XXIV S. 13 ff.; Eck-Leonhard § 68 S. 365 ff.; Endemann § 145 S. 828 Anm. 6.

[1]) Unter vorläufiger Zurückstellung einiger besonderer Fälle s. unten S. 48 ff.

[2]) Da die Aufrechnungsbefugnis keinen Anspruch darstellt, erfolgt der Verzicht darauf nicht wie bei einem solchen (§ 397) durch Vertrag, sondern wie sonst bei Rechten durch einseitige Willenserklärung, die aber selbstverständlich Gegenstand eines obligatorischen Vertrages — pactum de non compensando — sein kann. Für diejenigen, welche in der Geltendmachung der Aufrechnung eine Einrede sehen, ist die Frage bestritten; vgl. Langheineken S. 285.

[3]) Die Hinterlegung wird wegen ihrer geringen Bedeutung und weil die zu gewinnenden Ergebnisse sich unschwer auf sie übertragen lassen, übergangen werden; bezüglich der Aufrechnung siehe unten S. 50.

[4]) RG. 62 S. 53 ff., die Sachentscheidung selbst muß vom Standpunkte dieser Arbeit als richtig bezeichnet werden.

§ 770[1]) dem Bürgen die Einrede aus § 770 II, wenn der Schuldner vor der Inanspruchnahme des Bürgen durch den Gläubiger über die ihm gegen diesen zustehende Gegenforderung verfügt.

Andererseits hat man aber auch mancherlei gegen eine so weitgehende Schutzlosstellung des Bürgen geltend gemacht.

Es sei hier von vornherein bemerkt, daß man die §§ 1137, 1211, welche den Schutz von § 770 II auf den Eigentümer ausdehnen, dessen Grundstück hypothekarisch für fremde Schuld haftet, sowie auf den Verpfänder, der für einen anderen als persönlichen Schuldner einsteht, und die alle beide — in §§ 1137 II, 1211 II — den Verzicht des persönlichen Schuldners auf die „Einrede"[2]) ausdrücklich für belanglos bezüglich der Rechte des Interzedenten erklären, nicht „entsprechend" rückwärts anwenden und so eine Entscheidung der uns beschäftigenden Frage gewinnen kann.

Denn jener Zusatz kann eine doppelte Bedeutung haben:

a) Er kann eine Überflüssigkeit — im Sinne des Gesetzgebers — darstellen, die von diesem, wie sonst so vielfach, zur Klärung der Sachlage hinzugefügt ist, deren Inhalt sich aber auch aus anderen Rechtssätzen ergeben würde oder doch sollte — und das spräche für die entsprechende Anwendung.

b) Er kann aber auch nur in eben dem besonderen Falle gelten sollen, dessen Normierung er angehängt ist — und das spricht dagegen.

Da sich weder für die Annahme zu a noch für die zu b Anhaltspunkte gewinnen lassen, sind die angezogenen Paragraphen unverwendbar. Man sucht denn auch auf anderem Wege, größtenteils wieder kasuistisch, dem § 770 II beizukommen.

I. Verzicht des Gläubigers auf Aufrechnungsbefugnis:

Nichtssagend ist der Entwurf Sibers S. 139, der Gläubiger, der auf seine Aufrechnungsbefugnis verzichten (oder der erfüllen) wolle, „solle solches füglich auf eigene Gefahr tun".

Friedensburg S. 14 hilft sich mit unbestimmten Erwägungen: Wollte man dem Gläubiger die Möglichkeit zugestehen, auf diese billige Weise den ihm unbequemen § 770 II loszuwerden, so „wäre die Vorschrift des § 770 II völlig illusorisch und würde dem Bürgen nicht den geringsten Schutz bieten. Der Gläubiger würde in diesem Falle durch einen Verzicht auf ein Recht zum Schaden eines Dritten eine wesentlich bessere rechtliche Stellung erlangen, ein Zustand, den wohl kein Gesetz der Welt sanktionieren würde. Man wird hier, ähnlich wie § 768 II für das Verhältnis zwischen Bürgen und Hauptschuldner vorschreibt, den Satz auf-

---

[1]) Ähnlich Crome § 296 S. 897 Anm. 6; Staudinger Anm. 1 b β zu § 770 S. 715.

[2]) „Einrede", so sagt das Gesetz, das im ersten Absatz der genannten Paragraphen zwei Rechtssubjekte ins Auge faßt, nun im zweiten Absatz ein drittes Rechtssubjekt hinzunimmt, gleichwohl aber bei der nur im Verhältnis der zwei richtigen Ausdrucksweise verharrt. Brevis esse laborat, obscurus fit.

stellen müssen, daß der Bürge die Einrede aus § 770 II nicht dadurch verliert, daß der Gläubiger auf die Aufrechnungsbefugnis verzichtet".

Die Berechtigung zur analogen Anwendung von § 768 II dürfte schwer darzutun sein, da Einrede und Aufrechnung durchaus verschiedener Rechtsnatur und gerade bei der Regelung des Bürgschaftsrechtes so streng gesondert in verschiedenen Paragraphen normiert werden. Es steht auch entgegen, daß § 768 II im 1. Entw. dem für das gesamte Bürgschaftsrecht maßgebenden damaligen § 672, jetzigen § 767 angehängt war, von der 2. Lesung jedoch dem einen engeren Tatbestand enthaltenden jetzigen § 768 zugewiesen, wie es scheint, also in seinem Geltungsbereiche ausdrücklich beschränkt worden ist. Gegen die Heranziehung von § 768 II erklärte sich auch neuerdings das Reichsgericht.[1])

II. Verzicht des Schuldners auf Aufrechnungsbefugnis — Lippmann, J. J. 43 S. 556, 558 wendet darauf das Verbot von § 767 I Satz 3 an.[2])

III. Rechtsgeschäft zwischen Gläubiger und Hauptschuldner.

Friedensburg S. 14 ff. behandelt eine angebliche Aufhebung der Aufrechnungsbefugnis durch pactum de non compensando — und zwar wohl unterschieden von der Aufhebung durch den von ihm gleichfalls erörterten einseitigen Verzicht. Demgegenüber muß nach dem oben S. 37 Anm. 2 Gesagten bemerkt werden, daß die Aufhebung der Aufrechnungsbefugnis durch pactum de non compensando als solches für das Bürgerliche Gesetzbuch konstruktionell unmöglich ist, was bisher nicht beachtet worden ist. Die Aufhebung erfolgt stets durch einseitigen dinglichen Verzicht, der freilich das Vollzugsgeschäft sein kann für ein nebenherlaufendes pactum de non compensando. Aber ein solches vermag die Aufrechnungsbefugnis selbst unmittelbar in keiner Weise zu berühren, und der Abschluß eines pactum de non compensando bedeutet nicht, daß die beiden Vertragsteile die Aufhebung gemeinschaftlich bewirkten, sondern beläßt die geradezu bewirkende, ausführende Rolle der der Aufrechnungsbefugnis verlustig gehenden Partei, der sich nur die andere rein kausal, rein obligatorisch verbindet.

Aber auch dem Inhalte von Friedensburgs Ausführungen muß widersprochen werden. Friedensburg sieht in dem wie angegeben verstandenen pactum de non compensando eine Erweiterung der Verpflichtung des Bürgen durch ein nachträgliches Rechtsgeschäft des Hauptschuldners im Sinne von § 767 I Satz 3,[3]) die nach dieser Vorschrift für den Bürgen unverbindlich sei.

Demgegenüber wird mit Recht ausgeführt, daß doch mindestens dann,

---

[1]) RG. 62 S. 53 ff.

[2]) vgl. dawider die Ausführungen unten S. 40.

[3]) § 767 I Satz 3: Durch ein Rechtsgeschäft, das der Hauptschuldner nach der Übernahme der Bürgschaft vornimmt, wird die Verpflichtung des Bürgen nicht erweitert.

wenn die Gegenforderung des Hauptschuldners zur Zeit des Bürgschaftsabschlusses noch nicht bestand, nicht von einer Erweiterung der Verpflichtung des Bürgen, sondern nur von einer Wiederherstellung des status quo die Rede sein könne,[1]) daß aber überhaupt ganz allgemein § 767 I S. 3 sich nur auf Erweiterungen der Hauptverbindlichkeiten beziehe, eine solche aber nicht darin gefunden werden könne, wenn der Gläubiger davon absieht, sich durch Verrechnung auf eine ihm gegen den Schuldner zustehende fällige Gegenforderung zu befriedigen. Denn das Recht zur Aufrechnung an sich lasse — und das ist in der Tat eine Grundregel des Bürgerlichen Gesetzbuches — die beiderseitigen Forderungen ebenso unberührt wie das „Recht", sie zu bezahlen.[2])

Doch gehen wir nun zu den Fällen über, in denen die Voraussetzungen von § 770 II wirklich durch Vertrag zwischen Gläubiger und Hauptschuldner beseitigt werden:

1. Stundung durch den Hauptschuldner — keine Literatur in dem angegebenen Sinne.

2. Erlaß durch den Hauptschuldner — keine Literatur in dem angegebenen Sinne, höchstens ein anregender Hinweis Rud. Leonhards[3]) auf §§ 242, 768 II.

Im Gegenteil wird geltend gemacht, daß ja auch die Einrede der Vorausklage aus § 772 II dem Bürgen dadurch entzogen werden könne, daß der Hauptschuldner dem Bürgen das Pfandstück übereignet.[4]) Friedensburg S. 15 f. stellt die Überlegung an: Bei einem derartigen Erlasse gehe der rechtsgeschäftliche Wille nicht auf eine Erweiterung der Bürgschaftsverbindlichkeit, sondern auf die Vernichtung einer Schuld; daß dies nebenbei auch den Verlust einer Einrede für den Bürgen zur Folge habe, könne nicht in Betracht kommen.

3. Zahlung.

Hier erhebt sich wieder der Streit.

Die Ohnmacht des Bürgen würde aufs grellste hervortreten, wenn die Verhältnisse liegen, wie sie ein treffliches Beispiel Kohlers[5]) voraussetzt: Der Gläubiger klagt gegen den Bürgen und tilgt, als dieser § 770 II geltend macht, seine Schuld an den Hauptschuldner durch Zahlung.

U. E. ist Friedensburg S. 11 f. durchaus dahin beizupflichten, daß in diesem Falle § 226 zutrifft. „Denn eine derartige Handlungsweise des Gläubigers kann nur den Zweck haben, dem Bürgen Schaden zuzufügen. Man sage nicht, der Gläubiger wolle nur auf diese Weise Barzahlung erlangen, die Aufrechnung könne ihm in vielen Fällen nichts nützen. Das wäre sehr wohl zu verstehen. Dies trifft aber hier nicht

---

1) Schulz S. 273 Anm. 10.
2) Mantey S. 549 f.; ähnlich RG. Bd. 62 S. 54.
3) Eck-Leonhard § 68 S. 365 Anm. 3.
4) Schulz S. 272.
5) Zeitschr. XXIV S. 14.

zu. Denn das, was er event. vom Bürgen erhält, hat er ja schon vorher dem Hauptschuldner herausgeben müssen; seine ökonomische Lage verbessert er also nicht, im Gegenteil, er gibt das Sichere — sein bares Geld — hin, um etwas weniger Sicheres — eine Forderung — geltend machen zu können. Auch kann man nicht etwa sagen, daß er dadurch die ökonomische Lage des Hauptschuldners verbessern wolle. Dieser erhält zwar bares Geld, jedoch wird dieses sofort vom Bürgen auf Grund der auf ihn übergehenden Forderung in Anspruch genommen, bei Gefahr im Verzuge sogar wahrscheinlich im Wege des Arrestes beschlagnahmt werden."

Schulz S. 273 Anm. 9 und Mantey S. 549 erklären sich gleichwohl gegen § 226, letzterer mit eindrucksvollen, aber doch nicht stichhaltigen Gründen.

Sein erster Einwurf geht dahin, daß die Tilgung der Schuld durch Zahlung sich als Pflichterfüllung darstelle und als solche niemals nur den Zweck haben könne, einem anderen Schaden zuzufügen.

Mantey fehlt darin, daß er die Sachlage nicht, wie dies dem Sinne und dem Texte von § 226 entspricht, vom Standpunkte wenn auch nachträglicher Prognose, sondern rein objektiv zurückschauend betrachtet; daß er den Augenblick ins Auge faßt, wo der Berechtigte sein Recht ausgeübt hat, und sich nicht vielmehr in die Lage dessen versetzt, der im Begriffe steht, solches zu tun. So kommt er dazu, unter dem überwiegenden Eindrucke des zeitlich Letzten, des äußeren Erfolges in der Tilgung der Schuld, die inneren Vorgänge zu übersehen, die zu diesem Ergebnisse führten, und das selbständige Nebeneinander von Rechtsausübung und Pflichterfüllung in der vom Gläubiger bewirkten Zahlung zu verkennen. Nennen wir diesen zur besseren Erläuterung A, den Hauptschuldner B.

Nicht zur Zahlung, nicht zur Sacherfüllung ist A verpflichtet, sondern zur Befriedigung von B, die durch Erfüllung, aber — das Zutreffen der gesetzlichen Voraussetzungen unterstellt — auch durch Vollzug eines der sogen. Erfüllungssurrogate erfolgen kann. Es würde nun offenbar nur den Zweck haben können, dem Bürgen Schaden zuzufügen, wenn A Zahlung wählen wollte, obgleich Aufrechnung möglich und für ihn ebenso bequem oder gar bequemer und vorteilhafter ist als Zahlung — und das wird regelmäßig zutreffen, wie ja die Aufrechnung zur Besserstellung des jeweiligen Schuldners, nicht in Begünstigung des Gläubigers eingeführt ist. Welche andere Zweckverfolgung sollte möglich sein? Daß A nicht eine Verbindlichkeit erfüllt, wenn er Zahlung und nicht Aufrechnung wählt, sagt uns das natürliche Gefühl, sagt uns aber auch die verstandesmäßige kritische Betrachtung. Denn dadurch, daß A von mehreren Befriedigungswegen einen auswählt und die übrigen wegstreicht, kommt er der Befriedigung selbst nicht näher. Gleichgültig muß bleiben, daß die Konsumtion jenes Wahlrechtes zumeist durch den Vollzug des

Befriedigungsaktes erfolgt und so mit der Verwirklichung eines bedeutenden Zweckes zeitlich zusammenfällt. Denn diese Gleichzeitigkeit ist kein wesentliches Erfordernis. Die Konsumption des Wahlrechtes kann sehr wohl vor dem Befriedigungsakte erfolgen, so — und mit diesem Beispiele sprengt die Polemik, durch den Zusammenhang der Dinge gedrängt, den engen Rahmen dieses Abschnittes („Zahlung"), der im Anschluß an die größtenteils kasuistische Behandlungsweise dieser Frage in der Literatur nach allzu äußerlichen Merkmalen abgesteckt werden mußte — bei Verzicht des Gläubigers auf die Aufrechnungsbefugnis. Ist es nach Lage der Sache schikanös, unmöglich nicht auf den Schaden eines anderen berechnet, Zahlung der Aufrechnung vorzuziehen, so ist A von jenem seinem Rechte schlechthin und in dessen ganzem Umfange ausgeschlossen und verhindert, es in irgend einer seiner Funktionen auszuüben, und da ein Recht auf Vorziehung, auf Wahl keine andere Funktion hat als die, konsumiert zu werden, so vermag A sein Recht nicht mit Wirksamkeit für den zu schädigenden Dritten zu konsumieren: Er darf nicht Zahlung leisten.

Ein zweites Bedenken formuliert Mantey folgendermaßen: „Wenn im Laufe des Prozesses der klagende Gläubiger die Einrede des beklagten Bürgen aus § 770 II durch Zahlung an den Hauptschuldner beseitigt, so geschieht das zu dem Zwecke, daß der Kläger nicht durch Klageabweisung Schaden erleidet".

Also: die Zahlung des Gläubigers stehe nicht unter dem Verbote von § 226, weil und wenn der Gläubiger damit den dargelegten Zweck verfolgen könne.[1])

Nun behaupten wir, daß jener Zweck für die Beurteilung eines Tatbestandes nach § 226 ausscheidet, und wir stützen diese Behauptung auf das Wesen und die Natur des Rechtes selber.

Doch vor allem, welches ist jener Zweck?

Sehen wir bei der Antwort auf diese Frage zunächst von den durch die Rechtspflege bedingten Nebenerscheinungen der Kosten und Gebühren ab. Dann ergibt sich: Der Gläubiger bezweckt obzusiegen.

Da der Gläubiger aber nur obsiegen kann, wenn er sich im Rechte befindet, im vorliegenden Falle insbesondere, wenn seine Zahlung an den Schuldner rechtmäßig ist, so ginge Manteys Schluß dahin:

Die Zahlung ist rechtmäßig, wenn der Berechtigte bezweckt, daß die Zahlung rechtmäßig sei.[2])

Drängt sich der Widersinn dieses Ergebnissatzes unmittelbar auf, so soll dieser doch eingehender Prüfung unterworfen werden:

---

[1]) Der Referent der Arbeit tritt den folgenden Ausführungen nicht bei.

[2]) In diese Formel kann man wieder § 226 hineinbringen und erhält dann folgende Fassung: „§ 226 trifft nicht zu, wenn der Berechtigtebezweckt, daß § 226 nicht zutrifft", oder mit den Worten von § 226 selbst: „Ich bezwecke etwas [anderes als einem Dritten Schaden zuzufügen], wenn ich bezwecke, daß ich etwas [anderes] bezwecke, [als einem Dritten Schaden zuzufügen]".

Die Aufgabe der Rechtsordnung ist es, die Lebensverhältnisse, welche sie vorfindet, zu regeln. Zu diesem Behufe hat sie zunächst und vor jedem anderen Tätigwerden die Frage zu entscheiden, was recht und was unrecht sei.[1]) Sie knüpft diese Entscheidung an gewisse Voraussetzungen, die sie in den bestehenden Lebensverhältnissen antrifft. Diese Voraussetzungen brauchen durchaus nicht objektive Erscheinungen der Außenwelt darzustellen, können vielmehr — wie stets, wenn § 226 in Frage kommt — auch das subjektive Seelenleben des einzelnen betreffen. Aber immer und notwendig müssen sie in den außerhalb des Rechtes bestehenden Lebensverhältnissen enthalten sein; sie dürfen nicht auf das Recht selbst irgendwie Bezug nehmen.[2]) Deshalb ist der obige Ergebnissatz und damit auch die Grundlage, auf der er sich aufbaut, unhaltbar. Was recht oder was unrecht sei, kann nicht in der Voraussetzung als bekannte Größe unterstellt werden, wenn es erst und bevor es in der Entscheidung normiert wird; X läßt sich nicht wieder durch X ausdrücken; die Wirkung kommt nicht vor der Ursache; das Recht darf nicht über sich selbst zu Gerichte sitzen.

Nun faßt Mantey den Zweck, den der zahlende Gläubiger verfolgen könne, aber anders, nicht dahin, daß dieser obzusiegen, sondern daß er den ihm durch eine etwaige Klagabweisung drohenden Schaden zu vermeiden bezwecken könne. Mantey hat dabei offenbar die Kosten und Gebühren des Rechtsstreites im Auge, die der Gläubiger gewärtigen müsse, auferlegt zu erhalten, wenn er nicht gegen den Bürgen durchdringt, von denen er aber verschont bleiben würde, wenn er durch Zahlung mitten im Prozesse sich ins Recht zu setzen und das Unterliegen des Bürgen herbeizuführen vermöchte.

Man muß, wie auch das gerade geltende Prozeßrecht den Kostenpunkt in einem solchen Falle regeln mag, von vornherein die entschiedenste Verwahrung einlegen gegen die Auffassung, als dürften Einrichtungen der Rechtspflege, wie die bezeichneten Institutionen, aus ihrer Dienerrolle heraustreten und sich Einfluß anmaßen auf die Rechtsprechung selbst, als könne Erscheinungen zuliebe, die den Grund und die Grenze ihrer Wirksamkeitsberechtigung in der Aufgabe finden, das was recht ist, aufrecht-

---

[1]) Die „Normen" Bindings.

[2]) Dem widerspricht es durchaus nicht, daß die Rechtsordnung in gewissen Fällen Recht oder Unrecht von dem „guten Glauben" des Rechtssubjektes abhängig macht. Denn der Begriff „guter Glauben" bezeichnet nicht den abstrakten Willen, mit der Rechtsordnung als solcher und um ihrer selbst willen in Übereinstimmung zu sein, er enthält keine Bezugnahme auf eine Normierung, die das Recht erst treffen soll, sondern er drückt die irrige Meinung aus, es liege ein bestimmter Sachverhalt vor, dessen rechtmäßiges Bestehen das Recht bereits normiert hat. Er setzt also kein X voraus, sondern faßt einen in seiner Zusammensetzung bekannten oder doch bestimmbaren geschlossenen Kreis konkreter Tatbestände aus den Lebensverhältnissen ins Auge.

zuerhalten und zu verwirklichen, aus Recht Unrecht, aus Unrecht Recht werden.

Indes unter der Herrschaft der ZPO. liegt zu einem solchen Fehlspruche gar keine Versuchung vor. Das Interesse, das nach Mantey die Zahlung des Gläubigers im Lichte von § 226 als rechtmäßige erscheinen läßt, sind die im Augenblicke der Zahlung aufgelaufenen Gebühren und Kosten. Aber selbst wenn der Gläubiger wirklich imstande sein sollte, durch die Zahlung das Recht auf seine Seite zu bringen und den Bürgen der Verurteilung auszuliefern, vermag er gemäß § 93 ZPO.[1]) nicht jene Ausgaben von sich abzuschütteln, vorausgesetzt, daß der Bürge sich dem jungen Rechte — dieses immer unterstellt — des Gläubigers fügt.[2])

Fand sich so in diesem einzelnen Falle ein Rechtsbehelf, den Bürgen sicherzustellen gegen das einzig und allein darauf gerichtete Bestreben des Gläubigers, die Einrede aus § 770 II zuschanden zu machen, so drängt uns dies eine doppelte Vermutung auf.

---

[1]) § 93 ZPO.: Hat der Beklagte nicht durch sein Verhalten zur Erhebung der Klage Veranlassung gegeben, so fallen dem Kläger die Prozeßkosten zur Last, wenn der Beklagte den Anspruch sofort anerkennt.

[2]) Ist andererseits die Aufrechnungslage erst während des Rechtsstreites entstanden, so erscheint es als ein billiges schutzwürdiges Interesse des Gläubigers, von den Kosten und Gebühren, soweit diese durch die vor jenem Entstehen unberechtigte Leistungsweigerung des Bürgen veranlaßt sind, befreit zu bleiben. Aber um dies zu erreichen, braucht der Gläubiger nicht erst durch Zahlung an den Hauptschuldner einen Schleichweg des Rechtes zu versuchen — denn in der angeblichen gegenseitigen Abhängigkeit der Kostenfrage und jener Zahlung, anscheinend so zusammenhanglosen Dingen, wird der unbefangene, gerade Sinn nimmermehr ein organisches Ineinandergreifen, wie es der ars boni et aequi würdig ist, sondern die zufällige Verstrickung gekünstelter Klügeleien sehen —, vielmehr entspricht die Rechtsordnung unmittelbar jenem Billigkeitsempfinden, wie folgende Auslassungen von G a u p p - S t e i n Anm. III zu § 91 S. 259 f. dartun (§ 91 ZPO.: die unterliegende Partei hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen): „Aus den Worten ‚die unterliegende Partei‘ darf nicht geschlossen werden, daß das Unterliegen in der Sache selbst durch Urteil ausgesprochen sein müßte . . . Erhält der Kläger, nachdem . . . sein Anspruch . . . gegenstandslos geworden ist, seinen Antrag aufrecht, so ist er unter Kostenlast abzuweisen. Erklärt er dagegen, daß er wegen einer nach der Klagerhebung eingetretenen Erledigung seinen Antrag auf die Kosten beschränke, so ist das nicht Verzicht im Sinne von § 306 . . . und nicht Zurücknahme der Klage (§ 271) . . . Die Erklärung ist vielmehr als eine durch spätere Ereignisse verursachte Beschränkung des Klagantrages aufzufassen, die eben wegen des s p ä t e r e n Ereignisses nach der Analogie des § 268 Nr. 3 zu behandeln ist . . . Die Erklärung des Klägers aber, die sonach die eigentliche ‚Erledigung‘ des Rechtsstreites darstellt, enthält das Bekenntnis, seine früher begründete Klage sei unbegründet g e w o r d e n, sie bildet das Gegenstück zu dem Anerkenntnis des Beklagten, der den unbegründeten Anspruch bestritten hat, ihn aber sofort anerkennt, nachdem er begründet . . . geworden ist. Wie nun dieser Beklagte nach § 93 von Kosten frei bleibt, so muß in entsprechender Anwendung von § 93 auch der Kläger in dem vorliegenden umgekehrten Falle von Kosten freibleiben, vorausgesetzt, daß er die Erledigung sofort anerkennt . . . War die Klage anfangs begründet, so trägt der Beklagte die Kosten . . . Ob im übrigen das erledigende Ereignis in einer Handlung des Beklagten besteht (Befriedigung) oder vom Willen der Parteien unabhängig ist (Änderung der Gesetzgebung usw.), gilt gleich.“

Erstens möchten wir annehmen, daß auch sonst — bei Verzicht auf Aufrechnungsbefugnis usw. — der Bürge gegen einen so gearteten Willen des Gläubigers gesichert sein muß, da in allen diesen andern Fällen gegen dieselbe Bedrohung dasselbe Schutzbedürfnis besteht.

Und zweitens will es uns gerade wegen dieser schließlichen Wesensgleichheit aller Einzelbeispiele scheinen, daß für sie alle ein Rechtsbehelf gegeben sein muß, ein Schutz der Einrede des Bürgen, die ja auch in einem Paragraphen verliehen ist — was nicht hindert, daß im einzelnen Falle einzelne andere Bestimmungen wie oben § 226[1]) mitzutreffen mögen.

Einen solchen alle Zufälligkeiten zusammenfassenden Gesichtspunkt glaubt Schulz S. 273 f. entdeckt zu haben in der Analogie des § 776. Der Gläubiger soll seiner Rechte gegen den Bürgen verlustig gehen, wenn er sich der Aufrechnungsmöglichkeit durch Tilgung[2]) der Schuld, durch nachträgliches pactum de non compensando oder sonstwie entäußert und so ihm erreichbare Werte aus dem Vermögen des Schuldners „aufgibt".

Gegen eine solche Analogie liegen indes schwerwiegende Bedenken vor:

Wenn der Gesetzgeber im § 776 demjenigen, der sich für seine Forderung Pfänder oder andere akzessorische, nur dem Sicherungszwecke geweihte Nebenrechte ausdrücklich hat bestellen lassen, nun auch die Pflicht auferlegt, sich an diese zu halten, bevor er Dritte in Anspruch nimmt, so hat das gewiß seinen guten Sinn. Sollte aber aus diesem Gedankengange heraus das Gesetz auch zu demjenigen, der sich in Verfolg von selbständigen Zielen zufälligerweise zum Schuldner seines Schuldners gemacht und so in der Gegenforderung seines Schuldners eine tatsächliche Sicherheit für seine Forderung erlangt hat, sagen müssen:

„Du mußt die Zwecke, deretwegen du die Schuld eingingst, jetzt zurückstellen. Deine Schuld ist jetzt vor allem eins: Sicherheit. Sei zufrieden, daß sie diese Aufgabe erfüllt. Die Pläne, die du sonst damit gehabt hast, laß fahren. Das bist du dem Bürgen schuldig, der sonst womöglich zahlen müßte."

Eine solche Regelung würde dem Gläubiger etwas Überflüssiges bieten — eine neue Sicherheit für die bereits durch die Bürgschaft gesicherte Forderung — und etwas Wertvolles entziehen — die Freiheit, sein Schuldverhältnis zum Hauptschuldner zweckgemäß einzurichten und auszunutzen.

---

[1]) Dagegen vermag § 226 beispielsweise den Verzicht des Gläubigers auf die Aufrechnungsbefugnis nicht zu verhindern, denn der Gläubiger, der das Recht auf eine solche Verzichtleistung ausübt, verfolgt offenbar einen sehr bedeutenden Zweck, nämlich den, die Heranziehbarkeit des Bürgen zu begründen.

[2]) Es soll sich aber die Bezahlung seitens des Gläubigers „natürlich" auch subjektiv als Aufgabe einer Befriedigungsmöglichkeit darstellen müssen, d. h. der Gläubiger soll wissen müssen, daß er aufrechnen könnte — und doch kennt § 776 eine solche Unterscheidung nicht.

Gewiß kann der Gesetzgeber die Rücksicht auf den Bürgen so weit treiben. Aber man darf nicht durch Auslegung einer Norm diesen Inhalt geben, die sich zunächst auf ganz andere Verhältnisse bezieht.

Schon im voraus haben sich übrigens gegen die Konstruktion von Schulz Protokolle[1]) und Literatur[2]) erklärt, auch nachträglich[3]) hat sie entschiedenen Widerspruch gefunden.

So müßte der Bürge sich also in der Tat in dem Interessengegensatze, in dem er zum Gläubiger steht, den Gebrauch der Verteidigungswaffe, die ihm § 770 II in die Hand gibt, von seinem Gegner untersagen lassen? Wir glauben es nicht, uns scheint vielmehr die analoge Anwendung von § 162 II geeignet, die rücksichtslose, nur dem Eigennutz frönende Willkür in die geregelten Bahnen maßvoller Billigkeit zu leiten, an die Stelle subjektiven Begehrens objektives Ermessen zu setzen.

Wird der Eintritt einer der (auflösenden) Bedingungen, unter denen der Bürge sich auf § 770 II nicht mehr berufen kann, von dem Gläubiger, zu dessen Vorteil jener Eintritt gereicht, wider Treu und Glauben herbeigeführt, so gilt der Eintritt als nicht erfolgt.

Um analoge und nicht um unmittelbare Anwendung von § 162 II handelt es sich, weil das Gesetzbuch unter Bedingungen nur einem Rechtsgeschäft hinzugefügte Nebenbestimmungen (§ 158), nicht aber die sogen. conditiones tacitae, supervacuae sive juris versteht. Andrerseits ist aber eine solche Analogie möglich und zulässig, mindestens für diejenige Gruppe von uneigentlichen Bedingungen, welcher die das Leistungsverweigerungsrecht des Bürgen von sich abhängig machenden Bedingungen insbesondere zugehören. Dieser engere Kreis umfaßt „die von einer lex dispositiva dem Geschäftsinhalte hinzugefügten Bedingungen",[4]) welche

---

[1]) S. 2517.

[2]) Kohler, Zeitschrift XXIV S. 14; Friedensburg S. 14.

[3]) Mantey S. 548 f.

[4]) Leonhard, Allgemeiner Teil § 87 S. 385 f., der als Beispiel die Bestimmung anführt, daß der Mietzins nur dann zu zahlen ist, wenn der Vermieter vorgeleistet hat. Leonhard unterscheidet folgende ferneren zwei Gruppen: 1. die, wenn auch nur stillschweigend (durch konkludente Handlungen oder Worte) von den Parteien unmittelbar vereinbarten Bedingungen, welche ein Rechtsgeschäft von dem Bestehen oder Entstehen eines Rechtsverhältnisses abhängig machen (z. B.: etwas wird als Mitgift gegeben); 2. die vom Rechte selbständig und ohne Rücksicht auf den vermeintlichen Parteiwillen, daher als jus cogens gesetzten geschäftserzeugenden Rechtsbedingungen, von Leonhard auch Existenz- oder Gültigkeitsbedingungen genannt. Nur die Bedingungen dieser letzten Gruppe seien uneigentliche und den Sondervorschriften über die Bedingungen entzogen. Es sei übrigens darauf hingewiesen, daß auch für diese letzte Gruppe eine der Vorschrift des § 162 BGB. entsprechende, nur auf einen engern Tatbestand beschränkte Norm anerkannt ist, nämlich beim Handeln in fraudem legis: Es sind für ein Rechtsgeschäft eine bestimmte Anzahl von Gültigkeitsbedingungen aufgestellt. Wird deren Eintritt herbeigeführt, bedeutet aber das bezweckte Rechtsgeschäft die Umgehung eines Verbotsgesetzes, so erscheint der Eintritt der Gültigkeitsbedingungen „wider Treu und Glauben", „wider die Intentionen des Rechtsgeschäfts" herbeigeführt, er gilt daher als nicht erfolgt, und das Rechtsgeschäft ist nichtig.

deshalb gelten, weil sie, als der Natur des betreffenden Rechtsgeschäftes entsprechend, den gewöhnlichen Geschäftsinhalt bilden (naturalia negotii). Diese Bedingungen sind also zwar vom objektiven Rechte gesetzt, oder besser: formuliert, aber nur dem vermutlichen rechtsgeschäftlichen Willen zuliebe, dem die Last abgenommen wird, im Augenblicke des Geschäftsabschlusses alle Bestimmungen in ausdrücklichen Einzelabreden zu entwickeln. Es wird daher, soweit nicht das Gegenteil hervorgeht, im gegebenen Falle unterstellt, daß jene Rechtsbedingungen, alle insgesamt gleichsam in einer clausula generalis angenommen, Parteiwillen geworden sind. Wegen dieser engen Verwandtschaft der besprochenen Gruppe von conditiones tacitae mit den echten, rein rechtsgeschäftlichen Bedingungen sind die für diese maßgebenden Vorschriften unmittelbar auf jene übertragbar.[1])

Doch gehen wir nunmehr an diese Übertragung.

§ 162 betrifft solche Fälle, „in denen die Handlung objektiv wider die Intentionen des Rechtsgeschäfts verstößt, mag auch der Handelnde sich dessen nicht bewußt sein“.[2]) Gegen die Intentionen des Rechtsgeschäfts verstößt es aber, wenn die Herbeiführung einer der Bedingungen, unter denen sich der Bürge auf § 770 II nicht mehr berufen kann, zu keinem andern Ende erfolgt, als damit sich der Bürge auf jene Bestimmung nicht mehr berufen könne. Denn daß das Gesetz — bezw. der dessen Einzelregeln sich zu eigen machende Parteiwille — eine solche Handlungsweise mißbilligen muß, erhellt daraus, daß es § 770 II überhaupt geschaffen hat. Es wird nicht Wirksamkeit und Unwirksamkeit zugleich gewollt haben. Ein Schutz, der durch eine bloße Willensäußerung des Gegners entkräftet würde, wäre kein Schutz mehr. Wäre die Einrede des Bürgen wirklich „von Gläubigers Gnaden“,[3]) so wäre sie schlimmer denn völlige Schutzlosigkeit: sie würde in dem Bürgen billige Erwartungen erwecken, ihn im Vertrauen auf seine Verteidigungsstellung dem Verlangen des Gläubigers widersprechen lassen, um, die falsche Freundesmaske schließlich von sich werfend, ihn hinterher preiszugeben und für seine Weigerung büßen zu sehen. Hat der Gläubiger ein außerhalb der Bürgschaftsforderung liegendes berechtigtes Interesse, sein Verhältnis zu dem Hauptschuldner in einer Weise zu ordnen, daß er dadurch dem Bürgen sein Leistungsverweigerungsrecht von ungefähr entgleiten macht, so verdient dieses Interesse den Vorzug und die Einrede aus § 770 II fällt ihm zum Opfer; denn der nächste, Beachtung und Rücksicht zu finden, ist der Gläubiger. Aber von diesem Sonderfall abgesehen, gilt eben die in § 770 II normierte Verteilung der Befugnisse, und eine nicht aus exoterischen Rücksichten erfolgende Herbeiführung einer der Bedingungen für

---

[1]) Leonhard a. a. O.

[2]) Windscheid-Kipp I § 92 S. 483 Anm. 10.

[3]) Eck-Leonhard § 68 S. 366 sagt, der Bürge existiere von Hauptschuldners Gnaden.

die Heranziehbarkeit des Bürgen verstößt „gegen die Intentionen des Rechtsgeschäfts“, gegen Treu und Glauben und bleibt daher für den Bürgen ohne rechtliche Bedeutung.

Das „solange“ in § 770 II ist demnach nicht nach der natürlichen, sondern nach der rechtlichen,[1]) in § 162 festgelegten Anschauung zu beurteilen.

Die Fiktion von § 770 II wird — und das erhöht ihren Wert um ein Bedeutendes — auch dann noch Platz greifen, wenn der Gläubiger überschlau den Hauptschuldner bestimmt, seinerseits auf die Aufrechenbarkeit seiner Gegenforderung zu verzichten.

Bringt andererseits — eine sehr unwahrscheinliche Gestaltung der Dinge — der Hauptschuldner selbständig und unbeeinflußt vom Gläubiger den Bürgen ohne berechtigtes Interesse um die Einrede aus § 770 II, so macht er sich diesem aus § 826 verantwortlich, soweit er nicht aus den besonderen Normen des Innenverhältnisses schärfer haftet.

Nach diesen grundlegenden Feststellungen dürften die oben (S. 37 Anm. 1) zurückgestellten Fälle weniger Schwierigkeiten bieten.

1. Der Gläubiger tritt die verbürgte Forderung ab.

Die allgemeine Meinung geht dahin, daß der Bürge dadurch sein Leistungsverweigerungsrecht einbüße, da für den Erwerber der Forderung keine Befriedigungsmöglichkeit durch Aufrechnung vorliegt. Dieser Ansicht dürfte auch beizutreten sein.

Ist nun diese Abtretung nur geschehen, um dem Bürgen den Rechtsbehelf von § 770 II zu entziehen, so erscheint freilich diese Herbeiführung des Eintritts einer der Bedingungen für den Ausfall jenes Rechtsbehelfs Treu und Glauben zu widersprechen, für § 162 dürfte aber kein Raum sein, da die Fiktion dieses Paragraphen sich offenbar nur im Verhältnis derjenigen Partei, welche den Eintritt herbeigeführt hat, zu der benachteiligten, nicht aber Dritten gegenüber durchzusetzen vermag. Dagegen wird der alte Gläubiger dem Bürgen aus § 826 haftbar.

2. Der Hauptschuldner tritt seine Gegenforderung ab.

Die Meinungen sind gespalten. Die einen[2]) weisen darauf hin, daß nach der ausdrücklichen Bestimmung von § 406 dem Gläubiger seine Aufrechnungsbefugnis nicht genommen ist, daß er sich vielmehr auch weiterhin auf dem Wege der Aufrechnung befriedigen kann. Deshalb müsse der Bürge auch weiterhin berechtigt bleiben, die Leistung zu verweigern.

---

[1]) vgl. Kohler II, 1 § 249 S. 566 ff.

[2]) Friedensburg S. 17 ff.; vgl. auch Kohler, Zeitschr. XXIV S. 38 ff.; Die beiden Forderungen sind miteinander „vinkuliert“, eine jede ist „gedämpft, und nur mit dieser Dämpfung kann sie übergehen“.

Die anderen[1]) berufen sich darauf, daß § 770 II lediglich von Aufrechnung gegen eine Forderung des Hauptschuldners spricht.

Schulz S. 270 ff. sucht dieser Auffassung einen tieferen Gedankengehalt zu geben: § 770 beruhe — und diese Anmerkung mag richtig sein — auf dem Prinzipe, den Erfolg mit möglichst geringem Aufwande an wirtschaftlichen und rechtlichen Kräften zu erreichen. Es sollten nicht erst dritte Personen, für die die Schuld eine fremde ist (Bürgen), in die Befriedigung hineingezogen, Barzahlung und Rückgriff sollten vermieden werden. Darauf baut er nun folgende Beweisführung auf:

Der Bürge und derjenige, welchem die Gegenforderung des Hauptschuldners abgetreten worden ist, seien beides Fremde für die Schuld des Hauptschuldners, seien in pari causa, seien beide gleich nahe, für den Schuldner in Anspruch genommen zu werden —, der Bürge, indem die Bürgschaftsverbindlichkeit geltend gemacht, der Zessionar, indem ihm vom Gläubiger aufgerechnet würde. Warum sollte da nicht ebensogut auf den Bürgen wie auf den Zessionar gegriffen werden?

Abgesehen davon, daß Schulz also selbst nicht angibt, warum er in der Wahl zwischen den — angeblich gleichgeordneten — beiden das Opfer vom Bürgen gebracht wissen will, müssen seine Schlußfolgerungen selbst den entschiedensten Widerspruch hervorrufen. Es ist ein Mißbrauch des Ausdruckes in pari causa, wenn man ihn verwendet, wie Schulz es tut, und wie ihn die Römer, die ihn stets nur für gleichzeitig entstandene Rechtsbeziehungen gebrauchten, nie gekannt haben.

Wenn ich bezüglich eines Gegenstandes ein Recht erwerbe, hinsichtlich dessen bereits ein Dritter eine Befugnis besitzt, wenn ich mir eine Forderung abtreten lasse, auf die ein Bürge unter Leistungsverweigerung hinzuweisen berechtigt ist, so befinde ich mich mit dem Dritten, mit dem Bürgen, mit nichten in pari causa, es liegt ein Musterfall einer dispar causa vor, für die der Satz gilt: prior tempore, potior jure; wer zuerst kommt, mahlt zuerst.

Führen somit tiefer eindringende Erwägungen dazu, dem Bürgen die Einrede aus § 770 II auch dann zuzubilligen, wenn der Gläubiger nicht gegen den Hauptschuldner, sondern gegen dessen Zessionar aufrechnen müßte, so befindet sich der Wortlaut des angezogenen Paragraphen dazu kaum im Widerspruch. Wenn hier schlechthin von einer Forderung „des Hauptschuldners" die Rede ist, so scheint diese Wendung nicht zur Unterscheidung, sondern lediglich zur Bezeichnung gebraucht zu sein, wie sie in dieser Form übrigens nicht allein dem volkstümlichen Ausdrucke entspricht, sondern sich auch durchaus mit der rechtlichen Konstruktion der Forderungs-

---

[1]) Schulz S. 273; Weismann S. 42; Endemann § 145 S. 828 Anm. 6; Planck Anm. 5a zu § 770 S. 832 ff.; Rud. Leonhard bei Eck-Leonhard § 96 S. 568 Anm. 4, der sich aber widerspricht, wenn er § 68 S. 366 Anm. 4 erklärt, der Wert der Forderung dürfe sich durch Abtretung nicht erhöhen.

übertragung im Bürgerlichen Gesetzbuche in Übereinstimmung hält (§ 398 Satz 2).

Entsprechendes gilt, wenn die Gegenforderung des Hauptschuldners beschlagnahmt wird (§ 392).

3. Bei mehreren Forderungen des Gläubigers gegen den Hauptschuldner wird die Gegenforderung des letzteren gegen eine andere als die verbürgte Forderung aufgerechnet.

Nach dem oben S. 33 Anm. 2 Gesagten hat der Gläubiger dem Bürgen gegenüber sogar ein Recht darauf, die Gegenforderung des Hauptschuldners zur Ausgleichung seiner neben der verbürgten vorhandenen Forderungen zu verwenden, soweit diese nach der gesetzlichen Tilgungsskala der §§ 396, 366 II, 367 vor der verbürgten befriedigungsbedürftig sind, was in der weitaus größten Anzahl der Fälle, nämlich immer dann zutrifft, wenn die gerade in Frage kommende Forderung fällig und ungesichert oder weniger gesichert ist als die verbürgte.

Rechnet nun aber der Gläubiger, um dem Bürgen einen Possen zu spielen, seinen eigenen Interessen zuwider gegen eine Forderung auf, für die er stärkere Unterpfänder besitzt als für die verbürgte, so verfällt er offenbar gleichzeitig §§ 162 II und 226. Geht eine solche Aufrechnungserklärung vom Hauptschuldner aus, so wird dieser, wenn die Böswilligkeit hervorgeht, aus § 826 haftbar, soweit nicht die besonderen Normen seines Innenverhältnisses zum Bürgen eine schärfere Verantwortlichkeit festsetzen, während man dem Gläubiger aus der Unterlassung des unverzüglichen Widerspruches von § 396 kaum dürfte einen Vorwurf von rechtlicher Erheblichkeit machen können.

Eines Angriffes auf die Regelung im Bürgerlichen Gesetzbuche ist noch zu gedenken, als setze diese auch die Rechte des Gläubigers dem Zufalle und dem bösen Spiele aus.

Kohler[1]) bringt einen Fall, der das dartun soll: „Der Prozeß gegen den Bürgen ist bis in die letzte Instanz anhängig; er hat die Einrede erhoben, und sie ist vom Oberlandesgericht angenommen, der Gläubiger darauf abgewiesen worden. Im Verlaufe der dritten Instanz kompensiert nun der Debitor auf diese andere Weise (durch Aufrechnung einer anderen Forderung des Gläubigers gegen den Schuldner), der Gläubiger ist unwiderruflich abgewiesen, und zugleich ist nun aber auch das Befriedigungsmittel, mit dem er sich decken sollte, dahin."

Wer darin eine Unbilligkeit[2]) sieht, der feinde nicht das Bürgschafts-

---

[1]) Zeitschr. XXIV S. 14 unten.

[2]) Es liegt kaum eine Unbilligkeit vor, denn erstens kann der Gläubiger sofort von neuem klagen, und zweitens hätte er ja selbst aufrechnen können, solange es Zeit war; in demselben Sinne Eck-Leonhard § 68 S. 366; Friedensburg S. 12. Darüber, daß auch die Kostenlast durchaus in Übereinstimmung mit dem Rechtsempfinden geregelt ist, vgl. oben S. 44 Anm. 2 die Anführungen aus Gaupp-Stein.

recht noch die Normierung irgend eines andern materiellrechtlichen Rechtsinstitutes an, sondern die der Revision, die eine solche Unstimmigkeit immer entstehen läßt, wenn ein den Klaggrund änderndes Ereignis nach der letzten mündlichen Verhandlung in der Berufung eintritt, z. B. in folgendem, dem geschilderten ähnlichem Tatbestande:

Bei Aufrechnungslage zwischen Gläubiger und Hauptschuldner klagt jener seine Forderung ein und erzielt in erster und zweiter Instanz ein diesen verurteilendes Erkenntnis. Nun rechnet der Schuldner oder der Gläubiger auf — der Schuldner ist zu verurteilen, obwohl der Gläubiger bereits in Händen hat, was jener leisten soll.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.

Lebenslauf.

Kurt Franz Joseph Urbanek mit Namen, geboren am 10. Oktober 1884 zu Neiße, Sohn des Dirigenten der Höheren Knabenschule zu Ober-Glogau Joseph Urbanek und seiner Ehefrau Hedwig geb. Schmidt, Preuße, katholisch, besuchte ich die Städtische Volksschule zu Breslau und sodann das Kgl. Matthias-Gymnasium zu Breslau und das Kgl. Gymnasium zu Neustadt OS., das ich Ostern 1904 mit dem Zeugnis der Reife verließ. Nachdem ich an den Universitäten Heidelberg (1 Sem.), Genf (1 Sem.), Bonn (1 Sem.) und Breslau (3 Sem.) die Rechts- und Staatswissenschaften studiert hatte, bestand ich am 11. Juli 1907 zu Breslau die erste juristische Staatsprüfung und wurde am 30. Juli 1907 als Referendar am Kgl. Amtsgericht Ober-Glogau vereidigt.

Herrn Professor Dr. Schott sage ich für die wertvollen Winke, die er mir für die vorliegende Arbeit gab, auch an dieser Stelle meinen verbindlichsten Dank.